Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen und militärischen Delikten in strafrechtlicher und prozessualer Beziehung.

Von der Breslauer Juristen-Fakultät gekrönte Preisschrift.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Walther Schönfeld.

Breslau 1911.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.

Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Inhalt.

Literatur.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. II. 1907.

Bauer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. Göttinger Diss. 1904.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1898.

Berolzheimer, Die akzessorische Natur der Teilnahme. Göttinger Diss. 1909.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. III. 1905.

Binding, Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 1907.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. I. 1902. II. 1. 1904. 2. 1905.

— Handbuch des Strafrechts. 1885.

— Die Normen und ihre Übertretung. I. 1890. II. 1877.

Birkmeyer, Strafrecht und Militärstrafrecht in seiner Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 1904.

— Die Lehre von der Teilnahme. 1890.

Borchert, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter. 1888.

Bauer, Handbuch des deutschen Militärstrafrechts. 1872.

Büll, Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf Täterschaft und Teilnahme. Rostocker Diss. 1902.

v. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und der Begünstigung. 1860.

v. Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme. 1909.

Corpus iuris militaris. Frankfurt 1709.

Dangelmaier, Geschichte des Militärstrafrechts. 1891.

Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. 1905.

Elsner, v. Gronow und Sohl, Militärstrafrecht. 1906.

Finger, Lehrbuch des Strafrechts. I. 1904.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1908.

Friccius, Das preußische Militärstrafrecht. 1835.

Glaser, Gesammelte kleinere Schriften. I. 1868.

Goetz, Grenzziehung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe. 1910. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 115.

Gretener, Zum Entwurf eines Militärstrafgesetzbuchs für die Schweiz. 1886.
— Die Begünstigung und die Hehlerei. 1879.
— Strafgesetzbuch für Rußland. Allgemeiner Teil. Erläuterungen zum Entwurf der Redaktionskommission. Aus dem Russischen übersetzt. 1882.

Hecker, Lehrbuch des Militärstrafrechts. 1887.
— Über das Verhältnis des Zivilstrafrechts zum Militärstrafrecht. Sammlung von Abhandlungen aus dem Gerichtssaal und Goltdammers Archiv. 1885.

Heilborn, Der agent provocateur. 1901.

Heimberger, Die Teilnahme am Verbrechen in der Deutschen Literatur und Strafgesetzgebung von Schwarzenberg bis Feuerbach. 1896.

Herbst, Studien zum Militärstrafgesetzbuch. 1873.

Hergt, Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. 1909.

Herz-Ernst, Das Strafrecht der Militärpersonen. 1905.

Hirschberg, Die Schutzobjekte der Verbrechen. 1910. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 113.

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Bd. I—III. 1871/74. IV. 1877.

Jaquin, Die Teilnahme am Verbrechen in der deutschen Strafgesetzgebung von Feuerbach bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Erlanger Diss. 1903.

Köstlin, System des deutschen Strafrechts. I. 1855.

Kohler, Studien aus dem Strafrecht. I. 1890. II—VI. 1895—1897.

Clemens v. Koppmann, Kommentar zur Reichsmilitärstrafgerichtsordnung. 1901.

v. Koppmann-Weigel, Kommentar zum Reichsmilitärstrafgesetzbuch. 1903.

Friedrich Koppmann, Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten. Erlanger Diss. 1903.

Krug, Die besonderen Umstände der Teilnehmer. 1899. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 24.

Langenbeck, Die Teilnahme am Verbrechen. 1868.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1908.

Löning, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs. In Festschrift der Jenenser Juristen-Fakultät für Gneist. 1888.

Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht. 1897. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 9.

Lünig, Corpus iuris militaris. 1723.

M. E. Mayer, Deutsches Militärstrafrecht. I und II. 1907.
— Die allgemeinen Strafschärfungsgründe des Deutschen Militärstrafgesetzbuchs. In Festschrift für August Siegmund Schultze. 1903.
— Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 50.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1907.

Nagler, Die Teilnahme am Sonderverbrechen. 1903.

v. Nostiz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. Leipziger Diss. 1905.

Otker, Gericht, Gerichtsherr und Verteidigung. 1898.

Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. I. 1909. II. 1910.

Redslob, Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern. 1909. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 97.

Riesenfeld, Wie scheiden sich Mittäterschaft und Beihilfe. Rostocker Dissertation. 1902.

Romen und Rissom: Militärstrafgerichtsordnung. 1910.

Rotermund, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch. 1909.

Rüdorff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1892.

Schacht, Das fahrlässige Zusammenwirken mehrerer Personen. 1909. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 106.

Schlayer, Militär- und Zivilstrafgerichtsbarkeit. Tübinger Diss. 1900.

— Militärstrafrecht. 1904. In Graf Hue de Grais Handbuch. III, 2.

Schmitt, Schuld und Schuldarten. 1910. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 120.

Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1884.

Solms, Strafrecht und Strafprozeß für Heer und Marine. 1892.

Sonanini, Die Teilnahme von Zivilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen. Erlanger Diss. 1897.

Stenglein, Kommentar zur Militärstrafgerichtsordnung. 1901.

Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung I. 1894 (herausgegeben von v. Liszt). II. 1898 (herausgegeben von v. Liszt und Crusen). (St.G. I und II.)

Tischler, Die strafrechtliche Bedeutung der Beihilfe. Würzburger Diss. 1902.

Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. 1906–1908. Allgemeiner Teil Bd. I–IV. Besonderer Teil Bd. I–IX. [V.D. I, 1–4, und II, 1–9].

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission. Berlin 1909.

Wachenfeld, Strafrecht in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. II. 1904.

Weiffenbach, Militärstrafrecht. Ebendort.

— Militärrechtliche Erörterungen. Heft 1. 1902.

Weigel, Zuständigkeitsgrenzen zwischen Militär- und Zivilgerichtsbarkeit im Deutschen Reich. 1902.

Weisl, Heeresstrafrecht. Allgemeiner Teil. 1892.

Wuttig, Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen. 1902. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 40.

Abkürzungen.

D.O. = Disziplinarstraforduung für das Heer.
G.A. = (Goltdammers) Archiv für Strafrecht.
G.S. = Gerichtssaal.
J.K.V. = Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
Krit.V. = Kritische Vierteljahresschrift.
Mstgb. = Militärstrafgesetzbuch.
Mstg.O. = Militärstrafgerichtsordnung.
R.G.Bl. = Reichsgesetzblatt.
R.G.E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
R.G.R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
R.M.G. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
R.Mil.G. = Reichsmilitärgesetz.
Stgb. = Reichsstrafgesetzbuch.
Sten. Ber. = Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages.
St.P.O. = Strafprozeßordnung.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

I. Abschnitt.

I. Die Teilnahme am Verbrechen überhaupt.

1. Die Lehre von der Täterschaft und der Teilnahme.[1]

I. Den, der eine strafbare Handlung schuldhaft begeht, nennen wir deren Täter. Da jede strafbare Handlung, auch das sogenannte Tätigkeitsdelikt, in der Herbeiführung eines vom Recht gemißbilligten Erfolges besteht, so heißt Täter sein zunächst mindestens den Erfolg durch eigne Tätigkeit schuldhaft verursachen. Dies kann vorsätzlich oder fahrlässig geschehen. Die strafbare Handlung ist aber nicht nur ein Erfolg, sondern ein in einen Tatbestand gekleideter Erfolg.[2] Somit gehört zum Täter außer Verursachung und Verschuldung, daß er allen Tatbestandsmerkmalen in objektiver und subjektiver Beziehung genüge. Das erfordert die Logik. Es erfordert dies aber auch die Gerechtigkeit. Denn der Gesetzgeber bemißt nach den einzelnen Tatbestandsmerkmalen die Größe der Schuld des verursachenden Delinquenten und danach die Höhe der Strafe. Zur Täterschaft gehört Täterschuld.

Dabei hat man in den älteren Zeiten nur die Fälle im Auge, wo der Täter den Erfolg durch unmittelbare Tätigkeit herbeiführt; später rechnet man auch die Fälle hinzu, wo der Täter durch Benutzung eines andern Menschen, also nur mittelbar, handelt. Und indem man dies auf die Fälle beschränkt, wo der unmittelbar

---

[1]) Vgl. hierzu Binding in G.S., Bd. 76, S. 87. Kohler in G.A., Bd. 58, S. 1 ff. Über die Literatur orientiert die fleißige Schrift von Hergt. Zur Geschichte ist Heimberger heranzuziehen. Vgl. auch Jaquin.

[2]) Vgl. hierzu das Werk Belings.

handelnde ohne Täterschuld handelt, fügt sich der Begriff der mittelbaren Täterschaft dem unbestrittenen Bestande der Strafrechtswissenschaft ein.

Begeht der Täter die strafbare Handlung allein, so reden wir von Alleintäterschaft; begehen sie mehrere in bewußter oder unbewußter Gemeinschaftlichkeit, vorsätzlich oder fahrlässig, so ergibt sich der Begriff der Mittäterschaft in seiner reinsten Form ohne Schwierigkeit. Alle Beteiligte verfallen der vollen Täterstrafe, indem der Gesetzgeber mit Recht annimmt, sie haben alle die volle Täterschuld. § 47 Stgb.

Nun lehrt aber die Erfahrung, daß bei einer strafbaren Handlung zwei oder mehr Personen auch in der Weise beteiligt sein können, daß sie nichts weiter tun, als daß sie in dem Täter den verbrecherischen Entschluß anregen oder ihm bei dessen Ausführung mit Rat und Tat zur Seite stehen. Beiden Betätigungsformen ist gemeinsam, daß sie die Tat des Täters voraussetzen. Der Begriff der Teilnahme, zerfallend in Anstiftung und Beihilfe, hält seinen Einzug in die Strafrechtswissenschaft und die Gesetzbücher. Er findet sich auch in § 48 und § 49 Stgb.

Früher erdachte man noch eine dritte Art strafbarer Beteiligung an der Tat eines andern. Sie begann, wenn der Täter geendet hatte, und bezweckte, ihn der Strafe zu entziehen oder im Besitz der durch die Tat erlangten Vorteile zu erhalten. Seit den Untersuchungen der naturrechtlichen Schule aber[1]) ist man von wenigen Ausnahmen[2]) abgesehen, einig, daß diese Beteiligung den Namen Teilnahme nicht verdient. Die Tat des Täters ist hier nicht Zweck und Ziel wie bei der echten Teilnahme, sondern nur Anlaß der Tätigkeit des Beteiligten. Zweck und Ziel dieser Tätigkeit ist vielmehr, die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs zu vereiteln oder den Ausgleich des rechtswidrigen Vermögenszustandes zu verhindern.[3]) Diese Beteiligung wird

---

[1]) Vgl. Gretener, Begünstigung, S. 40; Binding, Lehrbuch, II, 2, S. 632.

[2]) Beling, S. 472 ff. und V.D., II, 7, S. 10; Kohler, Studien, S. 155; v. Bar, S. 736.

[3]) Vgl. Gretener, a. a. O, S. 99, 108.

damit zum selbständigen Delikt und gehört deshalb in den besonderen Teil des Strafrechts.

Wie die §§ 257—262 Stgb. zeigen, ist dies auch geltendes Recht.

II. Aus vorigem ergibt sich, daß der Begriff der Teilnahme wie alle Rechtsbegriffe der Beobachtung des täglichen Lebens entstammt. Der Wissenschaft bleibt die Prüfung, ob dieser Begriff begründet sei. Schon ein großer Teil, die Begünstigung und Hehlerei, ist von ihm abgebröckelt. Über den Rest entscheidet neben der Logik die Notwendigkeit.

Da sich die Teilnahme als Mitwirksamkeit zu einem verbrecherischen Erfolge darstellt, die Täterschaft aber auch zu einem wesentlichen Teile in der Wirksamkeit auf diesen Erfolg besteht, so erhebt sich die Frage, wodurch sich die Teilnahme grundsätzlich von der Täterschaft, insbesondere der mittelbaren und der Mittäterschaft, unterscheide. Es bedarf keiner besonderen Ausführung, daß sich eine Antwort hierauf nur geben läßt, nachdem man sich klar gemacht hat, in welcher Weise das Mitwirken mehrerer zu einem verbrecherischen Erfolge überhaupt zu denken ist. Daß diese Mitwirksamkeit wie jede Verbrechensbegehung sowohl vorsätzlich als fahrlässig erfolgen kann, dürfte heutzutage unwidersprochen bleiben.[1]) Gleichwohl wird in folgendem in erster Linie nur das vorsätzliche Mitwirken berücksichtigt. Dies ist ein Gebot wissenschaftlicher Ökonomie. Die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf das fahrlässige Mitwirken macht keine Schwierigkeit.

Einen Erfolg bewirken, heißt ihn verursachen. Von einer Mitwirksamkeit mehrerer zu einem Erfolge kann also nur geredet werden, wenn alle zu seiner Verursachung beigetragen haben. Ohne Verursachung keine Teilnahme.[2]) Am Eingang der Lehre von der Teilnahme steht die Lehre von der Verursachung.

Der Begriff der Verursachung ist kein juristischer, sondern ein allgemein wissenschaftlicher Begriff. Er ist dazu bestimmt,

---

[1]) Vgl. hierzu die Schrift von Schacht; Binding, Grundriß, S. 152.

[2]) So mit Recht wieder in großer Bestimmtheit Goetz, S. 17 und Hergt, S. 31.

die sämtlichen fortwährenden Veränderungen der Außen- und Innenwelt in einem einheitlichen Verfahren begreiflich zu machen; und zwar reden wir dann von Verursachung, wenn wir zu dem Urteil gekommen sind, ein bestimmtes X — die Wirkung — wäre nicht eingetreten, wenn ein bestimmtes Y — die Ursache — nicht vorangegangen wäre. Bezeichnet man mit einer gangbaren, wenn auch nicht unwidersprochenen[1]) Ausdrucksweise als Ursache eines Erfolges den Inbegriff aller seiner Bedingungen, so ergibt sich, daß eine menschliche Handlung niemals die Ursache eines eingetretenen Erfolges ist, da sie niemals den Inbegriff aller seiner Bedingungen darstellen kann. Diese Erkenntnis berührt indessen das praktische Urteil nicht im mindesten. Nach wie vor behandelt man menschliche Körperbewegungen als Ursache von Erfolgen, der Theorie die Aufgabe zuweisend, eine allgemein gültige Formel dafür aufzustellen. Dieser Aufgabe ist die Theorie mit staunenswertem Scharfsinn und Eifer nachgegangen. Alle ihre Konstruktionsversuche sind durch ihre Notwendigkeit gerechtfertigt. Denn bei der überragenden Bedeutung der menschlichen Handlungen in objektiver und subjektiver Beziehung kann die Menschheit eines zuverlässigen Maßstabes zur Beurteilung der Wirkungen derselben nicht entraten. Nicht in demselben Maße gerechtfertigt sind die Ergebnisse zahlreicher dieser Versuche. Namentlich steht es hier um die Theorien schlecht, die eine der vielen zum Erfolg führenden Bedingungen herausheben und als Ursache bezeichnen. Im Verfolg dieser Annahme werden sie leicht, besonders bei der Lehre von der Teilnahme, zu Unterscheidungen gedrängt, deren Notwendigkeit keineswegs zugegeben werden kann, da zusammengehöriges zerrissen und die Anbahnung wahrhaft wissenschaftlicher auf Einheit gehender Betrachtungsweise verhindert wird. Da sich auch nach anderer, hier nicht näher zu erörternder Richtung[2]) gewichtige Bedenken geltend machen, so nimmt die Zahl derer zu, die sagen: Unter den zum Eintritt eines Erfolges führenden Bedingungen läßt sich keine der Art nach als Ursache hervorheben.[3])

[1]) So z. B. v. Wundt, Logik I, 1906, S. 587.

[2]) vgl. v. Bar, S. 170.

[3]) vgl. die Übersicht bei Meyer-Allfeld, S. 157.

Es bleibt bei der Gleichartigkeit aller, auch der von Menschenhand gesetzten, Bedingungen. Daraus folgt die Notwendigkeit, bei der Untersuchung der kausalen Beziehung einer Körperbewegung zu einem Erfolge die nicht von Menschenhand gesetzten Bedingungen zu ignorieren und dem Menschen den Erfolg schon dann zuzurechnen, wenn man festgestellt hat, daß er mindestens eine Bedingung gesetzt hat.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß es das Recht, insbesondere das Strafrecht, mit den menschlichen Handlungen nicht schlechthin, sondern unter einem bestimmten Gesichtspunkt zu tun hat. Dies ist auch für die Frage des Kausalzusammenhanges von Bedeutung. Das Recht kann seiner Aufgabe, Zwangsversuch zu richtigem äußeren Verhalten zu sein, nur gerecht werden, wenn es lediglich das berücksichtigt, was dem durchschnittlichen Verlauf der Dinge entspricht. Es kann deshalb nur einen adäquaten Kausalzusammenhang kennen, einen Begriff, der noch der endgültigen Ausgestaltung harrt, auf den näher einzugehen hier aber nicht der Ort ist.[1])

Aus dem Satze, daß eine Verursachung durch menschliches Handeln als Setzen einer Bedingung zu denken ist, folgt, daß mehrere einen Erfolg gemeinschaftlich nur in der Weise verursachen können, daß jeder von ihnen eine Bedingung setzt. Der Täter setzt eine Bedingung und der Teilnehmer setzt eine Bedingung. In anderer Weise ist eine Wirksamkeit für den Erfolg nicht denkbar. Daran kann kein Gesetz etwas ändern.

Auf die Kausalität läßt sich also unbeschadet ihrer Bedeutung als Maßstab zur Abgrenzung verwandter Beteiligungsformen die Unterscheidung von Täter und Teilnehmer nicht gründen. Sie kann demnach nur auf dem Gebiete der Schuld liegen oder sie ist überhaupt ungerechtfertigt.

III. Nach § 48 Stgb. ist Anstifter der, der einen andern zu der von diesem begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt hat. Das Gesetz beschäftigt sich also mit der Anstiftung erst, wenn der andere, der Täter, die strafbare Handlung

[1]) Vgl. hierzu Träger: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904. S. 115 ff.

begangen oder zu begehen versucht hat. Das Gesetz setzt aber weiter voraus, daß der Angestiftete schuldhaft gehandelt hat. Das ergibt sich aus den §§ 51 ff. Stgb. Handelt der Angestiftete gar nicht oder wenigstens nicht schuldhaft, dann gibt es auch keine Anstiftung. Sie wäre Teilnahme an einem nichts. Entsprechendes gilt für die Beihilfe. Um dieser Tatsachen willen redet man von einer akzessorischen Natur der Teilnahme.

Hiermit nicht im Zusammenhange steht, daß der Teilnehmer als solcher erst bestraft werden kann, wofern feststeht, daß auch er schuldhaft gehandelt hat. Das ist ein selbstverständliches Gebot der Gerechtigkeit, die eine Teilnahme an fremder Schuld nicht mehr kennt. Ihm verschließt sich auch das Stgb. nicht. Seinen Anstifter und Gehilfen als Quasidelinquenten zu bezeichnen,[1]) ist deshalb ebenso falsch wie unwürdig.

1. Die Anstiftung. Aus vorigem ergibt sich, daß man von der Tat des Angestifteten aus nicht zu einer vollkommenen Einsicht in das Wesen der Anstiftung gelangt.[2]) Es bleibt im Zweifel, ob es gerechtfertigt sei, den Anstifter in der gezeigten Abhängigkeit vom Täter zu halten. Auszugehen ist deshalb von der Tat des Anstifters selbst. Sie ist nach ihrer objektiven und subjektiven Seite zu zergliedern, als wäre sie ein selbstständiges Delikt.

Die Tat des Anstifters besteht darin, daß er vor dem geistigen Auge des anderen Tatsachen gruppiert, die er für geeignet hält, in diesem einen auf Erfüllung eines bestimmten strafgesetzlichen Tatbestandes gerichteten Entschluß zu erregen. Darin erschöpft sich seine Tätigkeit,[3]) so schwierig und langwierig sie im einzelnen Falle gewesen sein mag. Sie hat ihr Ziel erreicht, sowie sich der andre, von der Macht der Motive überwältigt,[4]) doch frei von äußerem Zwange entschlossen hat. Da der andre den Entschluß nicht gefaßt hätte, wenn der Anstifter nicht gehandelt hätte, so

---

[1]) So Foinitzky, Z. XII, S. 77 und Miler, J.K.V. X, S. 79. Trefflich Bisoukides in Festschrift für Franz v. Liszt, 1911, S. 10.

[2]) So mit Recht Heilborn, S. 58.

[3]) So auch Glaser, S. 118.

[4]) Hierüber sehr schön Kohler, Studien, I, S. 107.

liegt zwischen diesem Entschluß und der Anstiftung Kausalzusammenhang vor. Das wird heute im wesentlichen nicht mehr geleugnet. Die Einwendungen vom Standpunkte der Willensfreiheit sind verstummt.[1]) Führt der Angestiftete seinen verbrecherischen Entschluß aus und tritt ein Erfolg, sei es in Form der Vollendung oder in Form des Versuches, ein, so ist zunächst wie überall zu prüfen, ob dieser Erfolg von dem Angestifteten verursacht sei. Wird dies verneint, dann ist der Erfolg zufällig und strafrechtlich nicht zu beachten; wird dies bejaht, dann wird er dem Angestifteten zugerechnet und dieser, falls er schuldhaft gehandelt hat, bestraft. Zugleich aber wird auch der Anstifter, falls er vorsätzlich gehandelt hat, gemäß § 48 Stgb. bestraft. Darin offenbart das Gesetz, daß es den zwischen der Tätigkeit des Anstifters und dem Enderfolge durch das Bindeglied des Entschlusses des Angestifteten bestehenden Kausalzusammenhang anerkennt.[2]) Denn da die Schuld des Anstifters als solche immer dieselbe bleibt, ob der Angestiftete die Tat vollständig ausführt oder nicht, so kann die stete Beziehung der Strafe des Anstifters auf den Enderfolg nur in der Annahme eines Kausalzusammenhanges zwischen ihm und der Anstiftung begründet sein. Andernfalls müßte es für den Anstifter gleichgültig sein, wie weit die Tätigkeit des andern der Vollendung nahegekommen ist, da er ja den eingetretenen Erfolg keinesfalls verursacht hätte. Eine etwaige Berufung auf die akzessorische Natur der Teilnahme aber würde die Verlegenheit nicht beseitigen. So kann von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhanges zwischen Anstiftung und Enderfolg auch im positiven Rechte nicht geredet werden.

Nach § 48 Stgb. wird nur die vorsätzliche Anstiftung bestraft. Das ist gerechtfertigt, wenn man bedenkt, wie leicht ein unvorsichtig hingeworfenes Wort vorhandenen Zündstoff entflammen kann. Ungerechtfertigt aber ist, daß über den Vorsatz des Anstifters Streit herrscht. Denn der Inhalt dieses Vorsatzes ist

---

[1]) Vgl. hierzu die zutreffenden Ausführungen Heilborns, S. 59 ff., besonders S. 67 und 75; Gretener: Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage, 1897, besonders S. 94.

[2]) Dagegen Löwenheim, S. 6, 18, 60.

aus dem Wesen der Anstiftung ohne Schwierigkeit ableitbar. Um zu sagen, der Anstifter habe seine Tätigkeit vorsätzlich verübt, wird zunächst zu fordern sein, daß er das Bewußtsein gehabt habe, daß die vorgebrachten Tatsachen geeignet seien, einen verbrecherischen Entschluß in dem Täter zu erregen. Von einem verbrecherischen Entschluß aber redet man nur dann, wenn der Delinquent das Verbrechen tatsächlich begehen, den Enderfolg verursachen will. Wer nur einmal versuchen will, hat keinen strafrechtlich beachtlichen Entschluß gefaßt. Dies kann bei dem Vorsatz des Anstifters nicht anders sein. Auch dieser bleibt nicht auf halbem Wege stehen. Mit dem Bewußtsein, daß seine Einflüsterungen den Täter zur Verursachung des Enderfolges bestimmen werden, nimmt der Anstifter diesen Enderfolg selbst in seinen Vorsatz auf.[1]) War dies nicht der Fall, wollte der Anstifter den andern nur auf die Probe stellen, lag es ihm nicht am Enderfolge, sondern nur an dem Seelenmorde, dann hatte er keinen strafrechtlichen beachtlichen Vorsatz, wenigstens nicht vom Standpunkte der Anstiftung aus. Hiermit ist nicht die sogenannte erfolglose Anstiftung zu verwechseln.[2]) Bei ihr hat der Anstifter den richtigen auf den Enderfolg gerichteten Anstiftervorsatz. Der Enderfolg tritt nur nicht ein, und zwar deshalb nicht, weil der andre den Einflüsterungen kein Gehör geschenkt oder den bereits gefaßten Entschluß vor der Ausführung wieder aufgegeben hat. In diesem Falle bleibt die Anstiftung mit Recht straflos. Verfehlt aber ist es, dies damit zu begründen, daß auch das Fassen eines verbrecherischen Entschlusses als solches nicht strafbar sei.[3]) Der Entschluß, ein Verbrechen zu begehen, ist ein rein innerer, vom Recht unfaßbarer Vorgang. Er bleibt als solcher auch für die erfolglose Anstiftung unerheblich. Die Aufforderung, ein Verbrechen zu begehen, dagegen widerspricht richtigem äußeren Verhalten, fällt also in den Bereich des

[1]) Ebenso Glaser, S. 113; Binding, Grundriß, S. 170; Nagler, S. 142; Kohler, S. 79; Hergt, S. 40. Ganz abweichend Löwenheim, a. a. O.

[2]) Dies tut Coenders, S. 175.

[3]) So Geyer in Holtzendorffs Handbuch, II, S. 344; Heilborn, S. 78; Nagler, S. 136, 140; Frank, S. 92, § 48, II, 2.

Rechts, mag der andre einen Entschluß gefaßt haben oder nicht. Die Straflosigkeit der erfolglosen Anstiftung ist demgemäß nur darauf zu gründen, daß die Tätigkeit des Anstifters ohne darauf folgende Ausführung den Charakter einer Vorbereitungshandlung trägt.[1]) Bei aller Achtung vor der Würde eines Menschen und der Selbständigkeit seines Entschlusses wird man nämlich die Tätigkeit des Anstifters mit der Tätigkeit dessen, der ein Werkzeug für ein Verbrechen herrichtet, vergleichen dürfen.

Wie aber der Gesetzgeber unter erschwerten Umständen die grundsätzlich straflose Vorbereitungshandlung unter Strafe stellt, ebenso ist er ohne Verstoß gegen Logik und Gerechtigkeit befugt, besonders strafwürdige Fälle erfolgloser Anstiftung unter Strafe zu stellen. Dies hat er in den §§ 49 a, 90, Ziffer 3, 111, Abs. 2, 112 und 141 Stgb. und in den §§ 99, Abs. 2, 100, 116 und 149 Mstgb. getan, freilich ohne daß man einen einheitlichen Grundgedanken zu entdecken vermöchte.

Damit ist der letzte Punkt der Lehre von der Anstiftung, die Frage nach dem Verhältnis der Anstiftung zur mittelbaren Täterschaft, berührt.

Wie eingangs erwähnt, versteht man herkömmlich unter einem mittelbaren Täter einen Menschen, der ein Verbrechen in der Weise schuldhaft begeht, daß er sich zur Erfüllung des Tatbestandes eines ohne Täterschuld handelnden Menschen bedient. Der Anstifter verursacht also nach § 48 Stgb. durch einen mit Täterschuld, der mittelbare Täter durch einen ohne Täterschuld handelnden andern. Auf kausalem Gebiet ist kein Unterschied zu erblicken. Die abweichenden Konstruktionen derer, die auf Grund der Unterscheidung von Ursache und Bedingung der Anstiftung eine kausale Bedeutung nur zweiten Ranges beilegen,[2]) erledigen sich durch die Verwerfung dieser Unterscheidung. Aber auch die Einwendungen von der Psychologie her, wie sie namentlich Heilborn[3]) macht, erscheinen ungerechtfertigt. Es kann da-

---

[1]) Vgl. hierzu Bisukides, a. a. O., S. 25; unrichtig v. Bar, S. 625.

[2]) Vgl. hierzu Birkmeyer, V.D. I, 2, S. 12 und 63; Frank, S. 20, 81; Horn, G.S. 54, S. 368; Wachenfeld, S. 274.

[3]) S. 55 und 81.

hingestellt bleiben, ob man sich der Kräfte eines zurechnungsfähigen Menschen mit mehr Aussicht auf Erfolg bedienen könne als der Kräfte eines unzurechnungsfähigen,[1]) sicher ist, daß dieser Gegensatz mit dem zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft nichts zu tun hat. Wer einen zurechnungsfähigen Menschen bestimmt, eine fremde Sache, die dieser für das Eigentum des Anstiftenden hält, einem Dritten, wegzunehmen, ist nicht Anstifter, da der andre infolge Irrtums nicht schuldhaft gehandelt hat, sondern, sofern er die Zueignungsabsicht gehabt hat, mittelbarer Täter. Wer einen andern vorsätzlich bestimmt, auf einen Menschen zu schießen, von dem er ihm mit Erfolg vorredet, es sei ein Stück Wild, ist nicht der Anstiftung, sondern der Tötung schuldig, mag der andre fahrlässig oder schuldlos gehandelt haben.[2])

Sieht man von diesen Fällen, deren Ausnahmecharakter nicht verkannt werden soll, ab, so kann freilich kein Zweifel sein, daß es etwas anderes ist, ob ich einen zurechnungsfähigen oder ob ich einen unzurechnungsfähigen Menschen zu einer den Tatbestand eines Verbrechens erfüllenden Handlung bestimme; wohl aber muß bestritten werden, daß dies rechtliche Beachtung erfordere. Denn die sogenannte physische und die sogenannte psychische Kausalität unterscheiden sich nicht im Endresultat, sondern nur in der Art und Weise, in der dieses erreicht wird. Für die strafrechtliche Betrachtung aber kommt es in erster Reihe nur auf das Endresultat und auf die Art und Weise seiner Erreichung nur dann an, wenn dadurch eine von dem Normalfall abweichende Größe der Schuld offenbart wird. Dies ist aber für das Verhältnis von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft in kausaler Hinsicht nicht zu behaupten. Insbesondere behauptet es das Stgb. nicht, indem es für beide die gleiche Strafe ansetzt. Und das ist von diesem Standpunkt aus auch gerechtfertigt.

Somit bleibt zu prüfen, ob die Schuld des Anstifters nicht in andrer Richtung von der des mittelbaren Täters abweiche.

---

[1]) Dies behauptet Nagler, S. 67.

[2]) Ebenso v. Liszt, S. 219.

In dieser Hinsicht hat man mit Recht darauf hingewiesen, daß der mittelbare Täter wie jeder Täter das Verbrechen selbst begehen, der Anstifter dagegen wolle, daß der Täter das Verbrechen begehe.[1]) Da aber beide wollen, daß das Verbrechen überhaupt geschehe, und mit diesem Bewußtsein den Enderfolg verursachen, berührt der Unterschied in ihrem Wollen, wie man bei der Bekämpfung des animus auctoris und des animus socii zu betonen nicht müde geworden ist, wieder nicht das Endresultat, sondern nur die Art und Weise der Verbrechensbeziehung. Hierauf aber kommt es überall da nicht an, wo ein Verbrechen begehen nichts weiter heißt als den Enderfolg verursachen. Hier geht die Täterschuld in dem schuldhaften Verursachungswillen auf, für eine Anstiftung neben der Täterschaft ist dann kein Raum mehr. Denn der Gesetzgeber trifft das richtige, wenn er den Anstifter mit Täterschuld mit derselben Strafe wie den Täter bestraft. Das Mehr an Schuld, das darin besteht, daß der Anstifter einen Schuldlosen in seine verbrecherischen Pläne verstrickt hat, wird dadurch aufgewogen, daß er bei der Ausführung hinter der Schuld des anderen zurückbleibt.

Für die Mehrzahl aller Delikte ist damit der Anstifterbegriff entbehrlich und darum unbegründet. Die große Zahl der dem Täter zur Erreichung des verbrecherischen Zieles zu Gebote stehenden Wege ist um ein beträchtliches vermehrt.[2])

Um so schärfer aber ist der Begriff der Anstiftung dort festzuhalten, wo sich die Täterschuld in dem Verursachungswillen nicht erschöpft. Hier ist es theoretisch und praktisch notwendig, zwischen der Täterschuld und der Anstifterschuld zu scheiden. Daß der Anstifter zum Diebstahl unbeschadet seines Vorsatzes der Zueignungsabsicht darben kann, dürfte unbestritten sein. Ihn gleichwohl mit der vollen Täterstrafe zu belegen, ist deshalb ungerechtfertigt, da er nicht die volle Täterschuld gehabt hat. Ebenso ungerechtfertigt aber ist es, den, der einen latent Wahnsinnigen zu einer von diesem begangenen Straftat ohne

[1]) So vor allem v. Bar, S. 622.
[2]) Dies verkennt v. Bar, S. 625.

Täterschuld aber mit Anstifterschuld bestimmt hat, straffrei zu lassen. Beides ist nach geltendem Recht unausweichlich.

Diese Mängel heilt Bindings Urheberbegriff.[1]) Die Gesetzgebung wird sich ihm auf die Dauer nicht verschließen können.

2. Die Beihilfe. Aus der grundsätzlichen Konstruktion der Anstiftung ergibt sich auch die der Beihilfe. Wie eingangs angedeutet, besteht für die naive Betrachtung ein scharfer begrifflicher Gegensatz zwischen der Beihilfe und der Mittäterschaft. Auch das Stgb. hat sich auf diesen Standpunkt gestellt, allerdings ohne anzugeben, worin dieser Unterschied bestehe. Damit hat der Streit, den man in der Wissenschaft seit langem bis zum Überdruß hierüber führt, auch für die neueste Zeit seine praktische Bedeutung behalten. Zugleich aber ist, da trotz des aufgewendeten Scharfsinnes weder die objektive, noch die subjektive Theorie, noch eine der zahlreichen Vereinigungstheorien zum Siege gelangt ist, ein Zustand der Ermüdung und Enttäuschung eingetreten.[2]) Dieser hat dahin geführt, daß einige neuere Gesetzbücher, wie z. B. das norwegische, den Begriff der Beihilfe ganz über Bord geworfen haben.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß diese Bewegung von anderem abgesehen mit der Verbreitung der sogenannten vereinfachten oder Burischen Kausalitätslehre zusammenhängt,[3]) liegt es doch auch zu nahe, aus der Gleichartigkeit aller Mitwirkenden in kausaler Hinsicht auf ihre Gleichwertigkeit zu schließen und sie infolgedessen sämtlich als Täter zu bezeichnen und zu bestrafen. Gleichwohl ist es ein grober Fehlschluß. Solange man auf Reinheit der Begriffe hält und den Begriff der Mittäterschaft nicht in den der bloßen Mitwirksamkeit verflüchtet, darf man nur den als Mittäter bezeichnen und bestrafen, der die Täterschuld hat und haben kann. Das ist aber bei den Mitwirkenden nicht immer der Fall. Aus denselben Gründen, aus denen der Anstifter zwar regelmäßig, nicht aber immer Täterschuld hat, hat auch der Gehilfe zwar in der Mehrzahl,

---

[1]) Vgl. Binding, Grundriß, S. 161, G.S. 71, S. 1 ff.

[2]) Charakterisch von Lilienthal in Z. 25, S. 287.

[3]) So ausdrücklich Miler J.K.V. X, S. 78.

nicht aber stets Täterschuld. Insoweit ist der Begriff der Beihilfe — freilich mit denselben Verbesserungen, wie der der Anstiftung — logisch notwendig.

Er ist aber darüber hinaus im Gegensatz zu der Anstiftung um der Gerechtigkeit willen auch dort notwendig, wo ein begrifflicher Unterschied zwischen Täter und Gehilfe nicht besteht, indem beide, da die Täterschuld mit dem Verursachungswillen zusammenfällt, gleichermaßen Täterschuld haben und haben müssen. Wir haben oben dem Gesetzgeber zugestimmt, daß er den Anstifter mit Täterschuld gleich dem Täter bestraft, da ihre Schuld gleich groß erscheint. Wir müßten ihm aber widersprechen, wenn er sein Recht, die Schuldanteile der einzelnen Delinquenten absolut und untereinander frei zu bewerten, dahin gebrauchte, daß er alle, die mit Täterschuld bei der Ausführung eines Verbrechens mitwirken, ohne Ausnahme mit der gleichen, nämlich der Täterstrafe belegte. Denn ihre Schuld braucht trotz der Gleichartigkeit nicht gleichwertig zu sein. Seit wann aber berücksichtigt man nur die Qualität, nicht aber die Quantität!

Niemand kann leugnen, daß der, der einen andern erstochen hat, eine intensivere Schuld entwickelt hat, als der, der nur das Messer dazu geschliffen hat. Wer wollte also mit Fug bestreiten, daß sie eine verschiedene Strafe verdienen!

Das Gesetz aber trägt dieser verschiedenen Intensität[1]) der Schuld im Wortlaut und in der Strafe Rechnung, indem es einerseits von einer gemeinschaftlichen Ausführung, andererseits von einer bloßen Hilfeleistung redet und für jene die volle Täter-, für diese eine geringere, leider immer noch zu hohe, Strafe androht.

Die Ausmittelung der Intensität aber hat nicht im Wege eines jeder Lösung spottenden logischen Kalküls, sondern im Wege einer freien, die Schuld wägenden Würdigung der Tatbeiträge zu erfolgen,[2]) wobei man sich freilich nicht ohne Schaden der Kriterien der verschiedenen Theorien erinnern wird.

---

[1]) Vgl. hierzu die vorzüglichen Ausführungen Kohlers, Studien, I, S. 94 ff., besonders S. 98.

[2]) So mit Recht von Bar, S. 602.

Auf diese Weise schlichtet die Praxis täglich den sonst hoffnungslosen Grenzstreit zwischen der Beihilfe und der Mittäterschaft mit dem besten Erfolge, eingedenk dessen, daß die Jurisprudenz keine mathematische, sondern eine normative Wissenschaft ist.

2. Die Lehre von dem Einfluß persönlicher Eigenschaften und Beziehungen.

Nach dem Stande unserer heutigen Strafrechtskultur beansprucht der Gesetzgeber das Recht, die Schuld des Delinquenten in abstracto zu bestimmen, ausschließlich für sich. Da er aber die Umstände jedes konkreten Falles nicht voraussehen kann, setzt er auf den Tatbestand nicht eine absolute Strafe, sondern einen Strafrahmen, der dem Richter Spielraum in der Bewertung der Schuldmomente läßt. Dieser Strafrahmen darf nicht zu eng sein, sonst wirkt er erstarrend, er darf aber auch nicht zu weit sein, sonst setzt er die Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung aufs Spiel.

Dies führt dahin, daß man die besonders schweren und leichten Fälle von dem Normalstrafrahmen ausschließt. Für diese schafft man das Institut der mildernde Umstände, auch wohl hin und wieder, wie der Mundraub zeigt, einen mit erleichterter Strafe bedachten besonderen Tatbestand, für jene greift man ausschließlich zu letzterem Mittel. Wie der schwere Hausfriedensbruch, die schwere Körperverletzung, der schwere Diebstahl, der schwere Raub usw. zeigen, sind die Qalifikationsgründe mannigfacher Natur. Sie betreffen bald das Mittel, bald den Ort, bald das Objekt des begangenen Delikts.

In entsprechender Weise erhöht auch das Militärstrafrecht die Strafe, je nachdem das Delikt im Felde, vor dem Feinde, vor versammelter Maunschaft, unter dem Gewehr usw.[1]) begangen ist oder nicht.

Da es sich hier um rein sachliche, die Schuld des verursachenden Delinquenten schlechthin erhöhende Momente handelt, muß sie auch der Teilnehmer vertreten, sofern er sie in seinen

---

[1]) Koppmann, Mstgb., S. 158 und Robermund, S. 95 rechnen diese Tatumstände zu den persönlichen des § 50 Stgb.

Vorsatz aufgenommen hat, ganz gleichgültig, ob er sich in derselben Lage wie der Täter befand oder nicht.

Außer den sachlichen beeinflussen auch persönliche Momente die Schuld des Täters, wie sich an den Schulbeispielen des Kindesmordes und des Aszendententotschlages zeigt. Und indem man hiermit das durch persönliche Eigenschaften bedingte Sonderverbrechen in Verbindung bringt, erhebt sich die seit Jahrhunderten behandelte, aber noch immer nicht zur Ruhe gekommenen Streitfrage nach dem Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Beziehungen auf die Teilnehmer, bei denen sie nicht vorliegen.[1])

Seit den Untersuchungen von Baldus teilt man die persönlichen Eigenschaften der Delinquenten in solche ein, die am Delinquenten, und solche, die am Delikt haften.[2]) Diese Einteilung hat ihren Sinn wiederholt gewechselt.[3]) Sie ist wörtlich genommen unrichtig und verleitet leicht zu falschen Schlußfolgerungen. Wohl aber kann sie zum Ausgangspunkt dienen, sofern man darauf abzielt, ob sich die persönliche Eigenschaft im objektiven Erfolge zeigt oder nicht.

Die vorsätzliche Tötung eines Kindes ist und bleibt dem objektiven Erfolge nach nichts als Tötung, mag das Kind ehelich oder unehelich gewesen, von der Mutter oder einem Dritten, unmittelbar bei der Geburt oder erst später getötet worden sein. Ebenso ist es mit der Beleidigung eines militärischen Vorgesetzten. Sie ist dem objektiven Erfolge nach Beleidigung, mag sie von einem Untergebenen oder einem andern begangen sein. Wenn gleichwohl das Gesetz in dem einen Falle für die Mutter eine geringere, in dem anderen für den Untergebenen eine höhere Strafe als gewöhnlich androht, so geschieht das deshalb, weil

---

[1]) Vgl. zur Dogmengeschichte Heimberger, S. 36 ff., 96, 126, 136, 152, 157; Krug, S. 4 ff.; Kohler, Statuten, S. 240—246; G.A. 51 S. 169; Hälschner, Deutsches Strafrecht, I, S. 437; Jaquin, S. 79; Buri, S. 12 ff. Reiches Material bei Birkmeyer, V.D., I, 2, S. 43, 95, 100, 106, 110, 119, 124, 128; Nagler allenthalben, besonders S. 9, 18, 19, 85, 97 ff.

[2]) Heimberger, S. 39.

[3]) Über den Stand der Literatur vgl. die Schriften von Krug und Redslob.

es die Schuld der tötenden Mutter unter den Voraussetzungen des § 217 Stgb. für geringer, die Schuld des Untergebenen nach § 91 Mstgb. für größer als die Normalschuld bei den Tätern dieser Delikte ansieht, mit andern Worten, weil es den Erfolg anders bewertet. Dies kann es aber nur dadurch zum Ausdruck bringen, daß es besondere Tatbestände schafft, wodurch die Tatsache, daß es sich hier nicht um Unterschiede im objektiven Erfolge,[1]) auch nicht lediglich in der Person, sondern vielmehr um objektive Unterschiede in der rechtlichen Beurteilung dieses Erfolges handelt, zwar verdunkelt, aber nicht aus der Welt geschafft wird. Denn darum handelt es sich überall, wo dadurch, daß ein Verbrechen gegen den Kaiser, den eignen Landesherrn, einen Bundesfürsten, die Eltern, gegen einen oder von einem Beamten oder Soldaten,[2]) gegen einen oder von einem Vorgesetzten, gegen eine oder von einer Wache usw. begangen wird, eine höhere oder geringere Strafe verwirkt wird. Die Lehre von der Kausalität hat hier ganz beiseite zu bleiben.[3]) Sie ist nur dazu berufen, zu entscheiden, ob der eingetretene Erfolg den Mitwirkenden überhaupt zuzurechnen sei. Bei dessen rechtlicher Bewertung aber hat sie nicht mitzureden.

Kommt aber die Lehre von den strafändernden persönlichen Eigenschaften und Beziehungen auf eine Frage der verschiedenen rechtlichen Bewertung des verursachten Erfolges hinaus, so ergibt sich, daß es falsch wäre, wollte man auf Grund der Lehre von der individuellen Verschuldung den Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Beziehungen auf den Teilnehmer beschränken, bei dem sie vorliegen. Auch der Teilnehmer, der die strafändernden Eigenschaften nicht hat, muß die durch die persönlichen Eigenschaften des Täters bedingte Veränderung der rechtlichen Beurteilung des Erfolges, sofern er sie in seinen Vorsatz aufgenommen hat, spüren, denn auch seine Schuld hat sich geändert;[4])

---

[1]) So schon mit Recht Herzog, G.S. 1872, S. 433.

[2]) Vgl. die Übersicht bei Olshausen, I, S. 212; Redslob, S. 59.

[3]) Unrichtig deshalb von Buri, S. 12.

[4]) Dagegen Kohler, Studien, I, S. 112 und Redslob, S. 49. Zutreffend Krug, S. 59.

freilich in vermindertem Maße. Dies ist keine Teilnahme an fremder Schuld. Mag der Täter schuldhaft gehandelt haben oder nicht, in jedem Falle ist die rechtliche Bedeutung des Erfolges durch seine Mitwirksamkeit in rein objektiver Weise so anders geworden, daß es unbillig wäre, wollte man dies lediglich im Wege der Strafzumessung dem extranen Teilnehmer anrechnen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse, wenn es sich, wie z. B. bei der Fahnenflucht und den übrigen Sonderdelikten, um einen Niederschlag der persönlichen Eigenschaft im objektiven Erfolge handelt. Hier erhebt sich die Frage nach der Schuld derjenigen, die die persönliche Eigenschaft nicht besitzen, ganz gesondert.

Den erörterten Gegensatz kennzeichnet die herrschende Lehre durch die Begriffe strafändernde und strafbegründende Tatumstände, die Normentheorie, die auch hier von der Oberfläche an den Kern der Dinge dringt, durch die Begriffe Strafbarkeits- und Normwidrigkeitsmerkmale.

Der Gegensatz findet sich auch im Gesetz, insofern als § 50 Stgb. die Wirkung der strafändernden Umstände regelt, auf die strafbegründenden Tatumstände aber weder im Wege der Analogie noch im Wege des Schlusses aus dem Gegenteil Anwendung findet.[1])

Daß die Regelung des Einflusses der persönlichen Eigenschaften und Beziehungen, wie sie § 50 Stgb. gibt, den Anforderungen der Gerechtigkeit nicht entspricht, wird sich im 2. Abschnitt dieser Arbeit des weiteren zeigen.

II. Die gemeinen und die militärischen Delikte.

1. Ihr Begriff und gegenseitiges Verhältnis.

I. Ihr Begriff. Zweck des Rechts, insbesondere des Strafrechts ist der Schutz der Rechtsgüter; Mittel des Rechts, insbesondere des Strafrechts ist die Norm und das Strafgesetz. Daraus ergibt sich der Begriff des Deliktes als einer normwidrigen, auf die Verletzung oder Gefährdung von Rechtsgütern gerichteten Handlung. Gemeinhin gebraucht man aber den

---

[1]) Darauf hat mit Nachdruck hingewiesen Nagler, S. 97—99.

Begriff des Deliktes synonym mit dem der strafbaren Handlung. So fordert obige Definition eine Ergänzung nach der Richtung, daß das Delikt als eine normwidrige und mit Strafe, und zwar mit staatlicher Strafe bedrohte Handlung zu bezeichnen ist. Strafe, die sich nicht vom Staate herleitet, scheidet aus. Das militärische Disziplinarstrafrecht auf der Grundlage der Disziplinarstrafordnung für das Heer vom 31. Oktober 1872 und der für die Marine vom 1. November 1902 geht nicht vom Staate, sondern vom Kaiser als Dienstherrn aus, enthält somit keine Delikte. Wohl aber enthält das Mstgb., von dem Stgb. und seinen Nebengesetzen zu schweigen, Delikte.

1. Die Einteilung der Delikte in gemeine und militärische ist erschöpfend zu denken. Jedes Delikt findet in ihr Raum und ist entweder ein gemeines oder ein militärisches Delikt.

Der Begriff des gemeinen Deliktes als solchen ist gesetzlich nirgends ausgesprochen. Er ergibt sich durch den Gegensatz zu dem militärischen Delikt, insbesondere aus § 3 Mstgb., von selbst. Danach ist jedes nichtmilitärische Delikt ein gemeines Delikt und zerfällt nach § 1 Stgb. in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Diese rein negative Begriffsbestimmung hat in der Weite und Vielseitigkeit des gemeinen Deliktes gegenüber der Enge und Einseitigkeit des militärischen Deliktes in sachlicher Hinsicht ihren Grund. Sie erhält Inhalt, wenn man den Begriff des militärischen Deliktes bestimmt hat. Dies ist nach zwei Gesichtspunkten möglich, entweder subjektiv, dergestalt, daß alle, oder objektiv, daß nur gewisse Delikte der Militärpersonen als militärische bezeichnet werden, den übrigen aber ihr gemeinrechtlicher Charakter gelassen wird.

Das geltende Militärstrafrecht nimmt mit Recht letzteren Standpunkt ein. Es zieht zwar, wie die §§ 7, 29, 14, 15, 45, 46, 47, 49, 124, 127, 143, 145[1]) Mstgb. zeigen, das gemeine Strafrecht in seinen Bereich, macht aber nicht jedes Delikt seiner Unterworfenen, die wir kurzweg als Militärpersonen bezeichnen wollen, zu einem militärischen. Andrerseits zeigt schon ein flüchtiger Blick in den besonderen Teil des Mstgb., daß eine

---

[1]) Zitiert nach M. E. Mayer, Militärstrafrecht, S. 58, 59.

große Zahl seiner Tatbestände dem gemeinen Strafrecht entnommen ist. Unter diesen Umständen war eine genaue gesetzliche Feststellung des Begriffs des militärischen Delikts geboten, und zwar um so mehr, da sich bedeutsame Folgen daran knüpfen.

Dies ist in § 1 Mstgb. mit dankenswerter Deutlichkeit geschehen. Danach ist jedes im Mstgb. mit selbständiger Strafdrohung versehene Delikt ein militärisches Verbrechen oder Vergehen. Daß es gleichwohl bei einigen Bestimmungen des Mstgb., nämlich bei den §§ 55, 115, 136, 138 und 145 zweifelhaft geblieben ist, liegt an ihrer Fassung, die es nicht genügend hervortreten läßt, ob es sich um eine selbständige Strafdrohung oder nur um eine Verweisung ins gemeine Strafrecht handelt. Man wird aber neueren Untersuchungen darin beitreten können, daß diesen Bestimmungen, von § 145 Mstgb. abgesehen, militärischer Charakter innewohnt.[1])

2. Der Forschung nach dem Wesen des militärischen Deliktes erwächst ein bedeutender Widersacher in dem militärischen Disziplinarstrafrecht. Wie schon erwähnt, kennt das Mstgb. keine Übertretungen. Diese Lücke füllt unbestrittenermaßen das Disziplinarstrafrecht aus. Schon danach läßt sich vermuten, daß das militärische Disziplinarstrafrecht einen erheblich breiteren Raum beansprucht als das Disziplinarstrafrecht anderer Stände. Dies ist auch der Fall. Laband[2]) nennt daher die D.O. mit Recht ein zweites Mstgb.; ebenso richtig ist es, wenn Binding[3]) darauf hinweist, daß die Grenze zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafrecht im Heere in andrer Richtung wie bei den Beamten verlaufe. Aus diesem Grunde aber sind die allgemeinen, für andre Gebiete gewiß zutreffenden Unterscheidungsmerkmale zwischen Kriminal- und Disziplinarstrafrecht für das Militärstrafrecht nur mit Vorsicht verwendbar. Es bleibt sehr zu prüfen, ob man der militärischen Disziplinarstrafe im Hinblick auf das Straf-

---

[1]) Vgl. M. E. Mayer, Festschrift, S. 147 ff. und 197; Weiffenbach, S. 420; Gerland, G.S. 63, S. 230; Weiffenbach, Militärrechtliche Erörterungen, Heft I, S. 47—63.

[2]) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. IV, S. 149.

[3]) Lehrbuch, II, 2, S. 399.

system der D.O. (§ 3) den Charakter als Strafe abstreiten und ob man angesichts der Tatbestände des Mstgb. ohne die Gefahr, Kriterien von größter Allgemeinheit und Selbstverständlichkeit aufzustellen, behaupten dürfe, es bestehe ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Angriffsobjekten der kriminell und der disziplinarisch zu bestrafenden militärischen Delikte. Jedenfalls wird ein erschöpfender exakter Nachweis der Handlungen, die begrifflich in das Kriminal- und derjenigen, die begrifflich in das Disziplinarstrafrecht gehören, wie er auf dem Gebiete des Beamtenstrafrechts möglich sein mag, im Militärrecht kaum gelingen. Nur die beiden äußersten Flügel wird man einigermaßen bestimmen können, für die große Mitte aber über ganz allgemeine Schlußfolgerungen zweifelhaften Wertes aus der unbestreitbar richtigen Tatsache, daß, da sich jedes Delikt letzten Endes gegen den wendet, der die übertretene Norm erlassen hat, das Kriminaldelikt eine Pflicht gegenüber dem Staate, das Disziplinardelikt eine solche gegenüber dem Dienstherrn verletzt, nicht hinauskommen. Sobald man aber hieraus in Verbindung mit der Tatsache, daß die Dienstpflicht nicht dem Staate, sondern dem Dienstherrn gegenüber besteht, den Schluß zieht, also könne das Kriminalstrafrecht niemals die Verletzung der Dienstpflicht zum Gegenstand haben,[1]) verfällt man gar einem argen Fehlschluß. Mit obligatorischen Verpflichtungen der Bürger untereinander hat es der Staat noch weniger zu tun, und doch setzt er ihre Verletzung unter Umständen um der für die Allgemeinheit daraus resultierenden Schäden willen, wie die §§ 288, 298 Stgb und § 239 K.O. zeigen, unter kriminelle Strafe. Was aber bei obligatorischen Verpflichtungen im Ausnahmefalle billig ist, könnte bei der gesteigerten Bedeutung der militärischen Dienstpflicht für die Regel Recht sein. Niemals freilich darf über der formellen Seite der Pflichtverletzung die materielle Seite der Rechtsgüterverletzung oder -gefährdung vergessen werden.

Der tiefere Grund für die von allem anderen Disziplinarstrafrecht abweichende Struktur des militärischen Disziplinarstrafrechts liegt in dem eigenartigen Charakter des kriminellen

---

[1]) Darauf kommen die Erörterungen Naglers S. 22 ff. hinaus.

Militärstrafrechts. Dieses hat ein Janushaupt. Es hat auf die Anforderungen der Rechtsidee und die Bedürfnisse der Armee[1]) gleichermaßen bedacht zu nehmen. Dafür daß dieser Streit nicht einmal für eins von beiden tragisch ende, zu sorgen, ist eine der Hauptaufgaben des militärischen Disziplinarstrafrechts. Es dient unbeschadet der Anforderungen der Gerechtigkeit in erster Linie den Bedürfnissen der Armee, und zwar auch dort, wo das von den naturnotwendig starren Grundsätzen der formalen Rechtsidee beherrschte Mstgb. seinen Schutz versagt, und bewahrt auf diese Weise diesen Grundsätzen ihre notwendige Reinheit und Autorität. An dieser Tatsache müssen alle Versuche, das militärische Disziplinarstrafrecht in seiner Gesamtheit in andrer als formaler Weise von dem militärischen Kriminalstrafrecht abzugrenzen, scheitern. Nur durch ihre Herkunft sind diese beiden Strafarten voneinander geschieden.[2]) Dies führt aber dahin, daß die Delikte des § 3 E.G. zum Mstgb. auch bei Bestrafung im Disziplinarwege ihren kriminellen Charakter behalten, und daß beide Strafarten bei derselben strafbaren Handlung ohne Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem miteinander verbunden werden können.[3]) Eine Verletzung der militärischen Zucht und Ordnung (D.O. § 1) kann den Staat und den Dienstherrn gleichermaßen berühren.

Seit den ältesten Zeiten beansprucht eine Unterscheidung innerhalb der militärischen Delikte, nämlich die Unterscheidung von qualifiziert und rein militärischen Delikten, große Beachtung. Neuerdings will man sie nicht mehr gelten lassen.[4]) Solange § 50 Stgb. besteht, muß sie aber vorgenommen werden, ob sie berechtigt ist oder nicht.[5]) Der Grund der Unterscheidung ist in der Lehre von dem Einfluß der persönlichen Eigenschaften und Beziehungen schon aufgedeckt worden. Danach sind die qualifiziert militärischen Delikte ihrem objektiven Erfolge nach nichts als

---

[1]) So mit Recht Gretener, Zum Entwurf usw., S. 7.

[2]) Über den Streit der Ansichten vgl. die Übersicht bei Wachinger V.D. II, 9, S. 222 ff., besonders S. 286.

[3]) R.M.G., Bd. XII, S. 67.

[4]) So Hecker, Lehrbuch, S. 3; Weiffenbach, Enzyklopädie, S. 414.

[5]) Vgl. auch Köhler, V.D., II, 9, S. 382.

gemeine Delikte, unter Umständen verübt, die diesen Erfolg einer veränderten rechtlichen Beurteilung unterwerfen. Sie würden deshalb von diesem Standpunkte aus besser als militärisch qualifizierte gemeine Delikte[1]) bezeichnet, da der Begriff des qualifizierten militärischen Deliktes, wie die §§ 58, 66, 73, 86, 94 usw. Mstgb. zeigen, noch in einem andern Sinne Verwendung findet. Der Grund ihrer veränderten Beurteilung ist die Rücksicht auf die militärische Disziplin.[2]) Diese erscheint neben dem regelmäßigen Angriffsobjekt des gemeinen Grunddeliktes als mitverletzt. Diesem Umstande kann der Gesetzgeber aber nur auf dem Wege Geltung verschaffen, daß er aus dem Grunddelikt unter Hervorhebung der erschwerenden Momente einen neuen Tatbestand bildet. Dies führt mitunter dahin, daß der neue Tatbestand im gemeinen Strafrecht überhaupt kein oder ein nur sehr verändertes Seitenstück findet. Sorgfältige Auslegung hat dann das gemeinsame Grunddelikt zu ermitteln.

Diejenigen militärischen Delikte, die sich nicht in der angegebenen Weise auf ein gemeines Grunddelikt zurückführen lassen, sind als rein militärische Delikte zu bezeichnen. Sie ergeben sich unmittelbar und lediglich aus der Zugehörigkeit zum Heere. Daß das gemeine Strafrecht für analoge Pflichtenkreise analoge Tatbestände geschaffen hat, ändert an ihrem rein militärischem Charakter nichts.

Unter Berücksichtigung des erschwerenden Umstandes, daß das Mstgb. zahlreiche Mischtatbestände gebildet hat, wird man seine Delikte folgendermaßen einteilen dürfen:

1. Qualifiziert militärische Delikte.

   Die §§ 57—59, 79, 80, 81—83, 91, 96, 97, 99, 100, 103 (bezüglich der gemeinschaftlichen Widersetzung und Tätlichkeit), 106, 112, 117 (ausschließlich der Unterdrückung), 120, 121 (bezüglich der Beleidigung), 122—123, 129, 132—134, 137 (ausschließlich des Preisgebens), 138, 144 (ausschließlich des nicht zur Ausführungbringens), 148.

---

[1]) Dangelmaier, G.A., Bd. 32, S. 452 tut dies direkt.

[2]) So mit Recht Gretener, Zum Entwurf usw., S. 11.

2. Rein militärische Delikte.

Die §§ 60, 62 und 63, 64—68, 69—74, 77, 78, 84—87, 89 und 90, 92—95, 101 und 102, 103 (Rest), 104, 114—116, 117 (bezüglich der Unterdrückung), 118 und 119, 121 (ausschließlich der Beleidigung), 128, 135, 137 (Rest), 139—143, 144 (Rest), 146, 147, 149, 150 bis 152, 159.

Diese Einteilung bedarf näherer Erörterung.

Zu 1. M. E. Mayer (II, S. 74) rechnet § 59 Mstgb. zu den eigentlichen militärischen Delikten, weil diese Bestimmung über den Kreis der den Landesverrat umgrenzenden Tatbestände hinausgehe. Allein darauf kommt es nicht an. Es ist unstreitig, daß § 59 eine reine Vorbereitungshandlung unter Strafe stellt. Das bedeutet nichts weiter als eine Erhöhung der Strafbarkeit des Kriegs- und damit des Landesverrates. Die zugrunde liegende Norm bleibt unverändert.

Dasselbe gilt für die §§ 79, 80 Mstgb. Die Selbstbefreiung ist nach Stgb. zwar straflos; an ihrer Normwidrigkeit dürfte aber trotzdem kein Zweifel sein.

Den §§ 81—83 Mstgb. und den §§ 142—143 Stgb. liegen unverkennbar die gleichen Normen zugrunde.

§ 97 Mstgb. ist eine Qualifikation von § 185 Stgb., wobei zu beachten ist, daß das Unternehmen, also eine versuchsartige Handlung, der Vollendung gleichgestellt ist.

Die §§ 91 und 121 Mstgb. gehören, soweit sie die Beleidigung betreffen, zu den §§ 185—187 Stgb.

§ 96 Mstgb. ist dem § 114 Stgb. nachgebildet und beruht auf der gleichen Norm wie § 240 Stgb. Seine Anwendung wird durch § 111 Mstgb. erweitert.

Die §§ 99 und 100 Mstgb. bilden eine Qualifikation von § 112 Stgb. und der nach Stgb. straflosen Aufforderung zur Widersetzung und Verübung einer Tätlichkeit, sofern ein Erfolg nicht eingetreten ist.

Zu § 103 Mstgb. (bezüglich der gemeinschaftlichen Widersetzung und Tätlichkeit) vgl. das zu § 59 Mstgb. Gesagte.

§ 106 ist eine Qualifikation des § 115 Stgb. Die Qualifikation besteht namentlich in der Erweiterung des Kreises der tauglichen Handlungen auf Gehorsamsverweigerung und Tätlichkeit.

Zu § 112 Mstgb. ist § 201 bis § 205 Stgb. zu vergleichen.

§ 117 Mstgb. enthält in seiner ersten Häfte eine starke Qualifikation von § 240 Stgb., insofern, als die Zahl der tauglichen Mittel erweitert, die Vollendung erleichtert, die Strafe dagegen wesentlich erhöht ist.

Zu § 120 Mstgb. ist § 132 Stgb. zu vergleichen.

Die §§ 122, 123 Mstgb. beruhen auf den §§ 223 bis 224 Stgb.

§ 129 Mstgb. enthält den einfachen und schweren Diebstahl und die Nötigung, speziell Erpressung. Wird der Diebstahl durch eine Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben ausgeführt, dann ersetzt § 129 auch den Raub (§ 249 Stgb.); wird er mit Gewalt begangen, dann tritt § 133 Mstgb. an die Stelle von § 249 Stgb.

Zu § 132 Mstgb. ist § 303 Stgb. zu vergleichen.

Zu § 134 Mstgb. ist das zu § 129 Mstgb. Gesagte zu vergleichen.

§ 137 Mstgb. beruht auf § 303 Stgb. Preisgeben gehört nicht unter den Begriff der Sachbeschädigung. Wer dies behauptet, verwechselt Sachbeschädigung und Vermögensbeschädigung, also das Mittel mit dem Objekt.

§ 138 Mstgb. beruht auf § 242 und § 246 Stgb.

§ 144 (mit Ausschluß der Befehlsverweigerung) auf § 120 Stgb.

§ 148 Mstgb. auf § 230 Stgb.

Zu 2. Die §§ 60, 77, 104 Mstgb. gehören neben § 139 Stgb.

Die §§ 62 und 63 Mstgb. treten dem Kriegsverrat ergänzend an die Seite für die Fälle der zwar schuldhaften, aber nicht verräterischen Gefährdung der Kriegsmacht im Felde.

Die §§ 64—68 und 69—74, 78 und 146 Mstgb. bedürfen keiner Erläuterung.

Ebensowenig die §§ 84—87, 89 und 90 Mstgb.

Das gleiche gilt für den Ungehorsam in § 92—95, 144 und 103 Mstgb., sowie für § 101 und § 102.

Die §§ 114—116, 117 (2. Hälfte), 118 und 119 enthalten das militärische Amtsstrafrecht, ebenso die §§ 139—144, 147, 149 Mstgb. Zum Vergleich sind die §§ 332, 357, 345, 341, 347 Stgb. einzusehen. Unbedenklich sind die Delikte der §§ 150 bis 152 und § 135 Mstgb. als rein militärische Delikte zu bezeichnen.

Bei § 128 Mstgb. ist es auf den ersten Blick zweifelhaft. § 128 enthält, wie Koppmann[1]) mit Recht ausführt, drei Delikte:

a) die eigenmächtige Entfernung,
b) das eigenmächtige Beutemachen,
c) die rechtswidrige Zueignung des rechtmäßig erbeuteten Gutes.

Über das Delikt zu a ist nichts zu sagen. Bei den beiden andern ist zu untersuchen, ob Diebstahl und Unterschlagung oder ein selbständiges militärisches Delikt vorliege. Für die Eigentumsverhältnisse der Beute ist neben dem Völkerrechte das Landesprivatrecht maßgebend, da das B.G.B. schweigt. Daraus ergibt sich, daß das eigenmächtige Beutemachen des § 128 kein Spezialfall des Diebstahls ist. Es fehlt die Rechtswidrigkeit der Wegnahme und Zueignung, nach gemeinem Recht aus deshalb, weil die dem Beuterecht unterliegenden Gegenstände als herrenlos betrachtet werden.[2]) Ebensowenig ist die Unterlassung der Ablieferung eine Unterschlagung, weil das rechtmäßig erbeutete Gut in das Eigentum des Erbeuters fällt. Vgl. A.L.R. I, 9, § 194.[3])

II. Ihr gegenseitiges Verhältnis. Das Verständnis der Gegensätze, um die es sich hier handelt, erschließt man durch eine geschichtliche[4]) und eine systematische Betrachtung.

1. Das Strafrecht der ältesten Zeit sorgt einheitlich für die Bedürfnisse des Volkes und des Heeres, entsprechend der Ein-

---

[1]) Mstgb. § 128, S. 475.

[2]) Windscheid, Pandekten I, 1906, § 184.

[3]) Dernburg, Preußisches Privatrecht, I, 1894, S. 556; Förster-Eccius, III, 1892, S. 217.

[4]) Einen geschichtlichen Überblick über das Militärstrafrecht geben Dangelmaier in Jahrbuch für die Deutsche Armee und Marine, Bd. 19, S. 1 ff. Auch Weisl, S. 29—67.

heitlichkeit von Volk und Heer. Die einfachen Verhältnisse sind gegen eine formelle Scheidung von gemeinem und militärischem Strafrecht. Das gilt für das römische wie für das ältere deutsche Strafrecht.

Für das römische Strafrecht hat es Mommsen[1]) ausdrücklich hervorgehoben. Der Staat ist verletzt, wenn ein Soldat einer Norm zuwiderhandelte.[2]) Dies geht auch daraus hervor, daß die Aufreizung von Militärpersonen zum Aufstande schlechthin als Majestätsverbrechen und die Begünstigung der Fahnenflucht auch durch Nichtsoldaten streng geahndet wurde.[3])

Das ältere deutsche Strafrecht[4]) zeigt in dieser Hinsicht denselben Grundton wie das römische, um im Verlaufe der Entwicklung freilich um so weitgehender davon abzuweichen. Die militärischen Verbrechen sind Friedensbrüche, Verrat am Gemeinwesen. Gemeine Feigheit, Entweichen aus dem Heere machen friedlos.[5]) Diese strenge Bestrafung trat jedoch nur ein, wenn die Pflicht zur Heersfolge auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhte. Handelte es sich nur um Privatunternehmungen eines Heeresfürsten, so empfand man die Heeresflucht nicht als Landesverrat.[6]) Dies ist ein wichtiger Beitrag zur Lehre von dem Angriffsobjekt der Heeresflucht.

Die Grundanschauungen blieben im Frankenreich mit der allgemeinen Wehrpflicht dieselben. Auch hier wurde die Heeresflucht als Landesverrat oder, da nach fränkischer Auffassung der Staat im König verkörpert ist, als Treubruch gegen den König bestraft.[7])

---

[1]) Römisches Strafrecht, 1899, S. 30, 43, 560.

[2]) Epstein, Landesverrat, 1898, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 12, S. 9 ff.

[3]) Vgl. Dig. 48, 19; l. 4, § 11, Dig. 49, 16; l. 1, Dig. 48, 4; Cod. iust. 12, 35.

[4]) Vgl. hierzu Schröder, Deutsche Rechtsgeschichte, 1907, S. 38 ff., 74 ff.; Brunner, d. Rg. I, 1906, S. 184; Wilda, Strafrecht der Germanen, 1842, S. 984.

[5]) Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte, IV, 1885, S. 582.

[6]) Schröder, a. a. O., S. 40, Anm. 19.

[7]) Schröder, S. 363; Brunner, II, S. 687.

Eine grundsätzliche Änderung brachte erst das Lehnswesen. In demselben Maße, in welchem der Lehnsverband und die Lehnspflicht den Untertanenverband und die allgemeine Wehrpflicht verdrängt, scheidet sich das Heeresstrafrecht von dem gemeinen Strafrecht. Nur der Lehnsherr leistet auf Grund der Untertanenpflicht Heeresfolge, nur seine Heeresflucht erscheint deshalb als Staatsverbrechen. Der Vasall dagegen leistete nicht dem Staate, sondern seinem Lehnsherrn Heeresfolge, seine Heeresflucht war daher kein Staatsverbrechen, sondern lediglich Bruch dieses Treuverhältnisses gegenüber dem Lehnsherrn.[1]) Dies zeigte sich auch in der Strafe. Der Deserteur der Urwälder wurde aus dem Volke, der Deserteur des Lehnsheeres aus dem Lehnsverbande ausgestoßen.[2]) Folgerichtig war es auch, daß man die Heeresflucht besonders schwer bestrafte, wenn der Kaiser im Heere anwesend war, daß man sie aber straflos ließ, wenn der Kaiser selbst floh.[3])

Die Entwicklung ging weiter. Die Kommendation der Lehnszeit war ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Die Kapitulation der Söldnerzeit, die an ihre Stelle trat, war nur ein privatrechtlicher Vertrag, abgeschlossen mit dem Feldherrn oder dem, der diesen entsandte. Die vollständige Loslösung vom gemeinen Strafrecht ist damit besiegelt. Freilich suchte man dieses rein obligatorische Verhältnis durch Eide[4]) etwas weihevoller und durch barbarische Strafen etwas haltbarer zu machen, an seiner rechtlichen Natur konnte das nichts ändern. Das militärische Verbrechen ist ein Kontraktbruch, der das Gemeinwesen ebensowenig angeht wie das Heer selbst samt seinen Artikulsbriefen.

Ein getreuer Spiegel der ganzen Entwicklung von der ältesten Zeit bis hierher aber ist die Behandlung der Nichtsoldaten in Beziehung auf das Heeresrecht.

In der germanischen Zeit wurde jeder, der einen Deserteur beherbergte oder unterstützte, nach langobardischem Recht auch

---

[1]) Brunner, II, S. 202, 211, 214, 210; Schröder, S. 527.
[2]) Vgl. auch Sachsenspiegel, I, Art. 40; Schwabenspiegel, Art. 49.
[3]) So nach Schwabenspiegel, Art. 367.
[4]) Vgl. Lünig, corpus iuris militaris, S. 1142.

der, der ihn zur Flucht verleitete, gleich ihm friedlos.[1]) Ähnliches berichtet Brunner für die fränkische Zeit.[2]) Die Lehnszeit bestrafte nach Artikel 367 des Schwabenspiegels die Aufreizung zur Meuterei. Für die Zeit der Söldnerheere herrscht Schweigen. Zwar enthalten die Artikulsbriefe nach schwedischem Vorbilde fast sämtlich Strafdrohungen für die Teilnahme und Begünstigung.[3]) Ihre Anwendung auf Nichtsoldaten erscheint aber, ganz abgesehen von den zum Teil spezifisch militärischen Strafen, nach der ganzen Verfassung der Söldnerheere und ihres Rechtes unmöglich. Daß sich aber das gemeine Recht dieser Sache angenommen hätte, erscheint auch wenig wahrscheinlich. Die Bambergensis erwähnte in Artikel 135 das Delikt der Heeresflucht. In den beiden Entwürfen der Carolina und in ihr selbst sucht man es vergeblich.[4]) Es wäre interessant, die Motive zu dieser Streichung zu wissen.

Allmählich trat jedoch durch das Söldnerwesen selbst ein Umschwung ein. Je mehr die Entwicklung zu Beginn der Neuzeit auf die Territorien überging, um so entscheidender machte sich das Bestreben der Landesherrn geltend, ihre Heere mit dem Lande enger zu verbinden. Typisch hierfür ist die Entwicklung in Brandenburg-Preußen. Schon der Große Kurfürst verbot den Ausländern die Werbung im Inlande,[5]) während das umgekehrte freilich noch lange weiter bestand. Was weiter bis zur Einführung der ausnahmslosen allgemeinen Wehrpflicht geschah, ist bekannt. Weniger bekannt dürfte sein, daß mit dieser

---

[1]) Vgl. Gretener, Begünstigung, S. 16; Osenbrüggen, Langobardisches Strafrecht, S. 53 ff.

[2]) Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 65.

[3]) Vgl. Art. 108 der schwedischen Kriegsartikel Gustav Adolfs corpus iuris militaris 1709, S. 314. Im übrigen Lünig, corpus iuris militaris, S. 103, 123, 155, 432, 620, 678, 750, 1037, 1066, 1109, 1153, 1162, 1262. Wie Schweden: S. 644, 766, 799, 817, 870, 1085, 1132, 1251, 1301, 1351, 1398, 1401, 1404.

[4]) Zöpfel: Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V nebst Bamberger und Brandenburger Halsgerichtsordnung 1842, S. 45, 159, 235.

[5]) Quickmann, Pommersche Gesetze 1750, S. 1289. Mylius, Constitutionen, III, 2, S. 82, Vierdter Theil, S. 65 ff.

Bewegung folgerichtig ein steigendes Interesse des Strafrechts an den Handlungen der Nichtsoldaten gegenüber dem Heere Schritt hält. Mit wünschenswerter Deutlichkeit sprechen es zahlreiche Erlasse, namentlich Friedrich Wilhelms I, aus, daß die Strafdrohungen für Teilnahme und Begünstigung, ja sogar für unterlassene Anzeige der Fahnenflucht auch auf Zivilpersonen Anwendung finden sollen.[1]) Und im Gesetzbuche Josephs II. von Österreich vom Jahre 1787 erscheint im 3. Kapitel des Teils I unter den „Verbrechen, die auf den Landesherrn und den Staat unmittelbar Beziehung haben" als § 86 das Verbrechen beförderter Entweichung aus dem Kriegsdienste. Zum Schluß sei auf die §§ 90, 112, 140—143 Stgb. verwiesen.

Die geschichtliche Entwicklung, an wenigen am Wege liegenden Tatsachen skizziert, redet eine laute Sprache. Aus ihr ergibt sich der Satz, daß das Militärstrafrecht und das gemeine Strafrecht in demselben Verhältnis wie Heer und Volk zueinander stehen.

Heutzutage ist es unbestritten, daß sich in der Kriegsmacht Staatsgewalt verkörpert.[2]) Dies zeigt sich auch sehr schön an § 7 und § 161 Mstgb. Der Soldat des Volksheeres trägt Heimaterde und Staatsgewalt mit ins Ausland.

Die Zeit des Söldnerwesens ist aber nicht spurlos vorübergegangen. Das Heer ist zugleich das Heer im Dienste der Krone. Daher die Doppelnatur seines Rechtes. Dem eigentlichen militärischen Strafrecht, das der Staat als ordentlicher Gesetzgeber für sein Heer erläßt, tritt das militärische Disziplinarstrafrecht, das der Kriegsherr als Dienstherr erläßt, begrifflich als Gegensatz, praktisch als Ergänzung zur Seite.

2. Das Rückgrat der wissenschaftlichen Behandlung des Rechts ist das System. Das System des Strafrechts ist sowohl in dem Stgb. als in den darauf aufgebauten wissenschaftlichen Darstellungen nach objektiven, nicht nach subjektiven Gesichtspunkten gerichtet. Das geschützte Rechtsgut bildet den Einteilungsgrund,

---

[1]) Mylius, Constitutionen, III, 2, S. 160 ff., 189 ff., 475, Vierdter Theil, S. 127; Quickmann, a. a. O., S. 254, 256, 259, 261, 267, 265.

[2]) Vgl. Hänel, Deutsches Staatsrecht, I, 1892, S. 475.

die Persönlichkeit des Delinquenten tritt demgegenüber in den Hintergrund. Das Subjektive ist nur ein Reflex des Objektiven. Dies hängt mit dem Zuge unserer ganzen Rechtsentwicklung zusammen, der vom Subjektiven zum Objektiven fortschreitet. Das Mittelalter kennt keine einheitliche alle Rechtsgenossen gleichermaßen umspannende Ordnung der allgemeinen und besonderen Lebensverhältnisse. Es kennt diese Ordnung nur im Rahmen und in Vermittlung neben- und untereinander bestehender Personenkreise. Die Gegenwart dagegen kennt grundsätzlich nur eine einheitliche Ordnung der Lebensverhältnisse, gegründet auf den Bürger in seinen verschiedenen Eigenschaften als Mensch, Familienmitglied, Beamten, Soldaten, Kaufmann usw. Davon legt das Stgb. unverkennbar Zeugnis ab. Dem allgemeinen: Wer das und das tut . . . schließt sich mannigfach das besondre: Ein Gefangener, ein Geistlicher, ein Vormund, ein Arzt, ein Feldmesser, ein Schiffsmann, ein Rechtsanwalt, ein Eisenbahnvorsteher, ein Beamter usw., der das und das tut . . . an. Wo die Gesetzgebung, die aus den Bedürfnissen des täglichen Lebens hervorwächst, diese Systematik nicht vornimmt, holt die Wissenschaft, wie jedes Lehrbuch zeigt, das Versäumte nach. Auf diese Weise gewinnt die unbestreitbar richtige Tatsache, daß das Standesrecht neuerdings im Wachstum begriffen ist, ihr besonderes Ansehen.

Ausgeschlossen von dieser Systematik bleibt herkömmlich das Militärstrafrecht. Dies hat in der geschichtlichen Entwicklung sowie darin seinen Grund, daß das Militärstrafrecht über ein umfangreiches Spezialgesetzbuch verfügt. Gegen die Selbständigkeit des Militärstrafrechts ist nichts einzuwenden. Seine Anwendung wird dadurch erleichtert, die Geschlossenheit und Einheitlichkeit des militärischen Organismus wirksam gefördert. Der daraus drohenden Gefahr der Erstarrung ist das deutsche Militärstrafrecht in ausreichender Weise entgangen. Wer die Geschichte des Militärstrafrechts im 19. Jahrhundert kennt, weiß, daß das Streben aller Kreise dahin ging, hinter den Errungenschaften des bürgerlichen Strafrechts nicht zurückzubleiben.[1])

---

[1]) Sten. Ber. I. Lg. 3. Seſſ. 1872, Bd. 3, S. 16.

Man wird auch nicht leugnen können, daß dieses Streben im Mstgb. Frucht getragen hat. Neuen Zustrom hat die glänzende Reformierung des Verfahrens in der Mstg.O. gebracht, indem erst jetzt das Gebiet des Militärstrafrechtes wahrer wissenschaftlicher Bearbeitung erschlossen wurde.[1]) Dies geschah vorzüglich durch Einführung der systematischen Methode. Dadurch wurde klar, daß der besondre Teil des militärischen Strafrechts einer an den Objekten der einzelnen Delikte orientierten Systematisierung fähig ist, daß aber das Mstgb. infolge unzureichender Bearbeitung hinter diesem Ziele weit zurückbleibt. Dieses System ist nach dem Vorgange M. E. Mayers, dem wir die erste wissenschaftliche Gesamtdarstellung des Militärstrafrechts verdanken, auf die militärische Disziplin zu gründen. Jedes militärische Delikt, das qualifizierte wie das reine, ordnet sich diesem Oberbegriff unter, enthält stets einen Angriff auf dieses Rechtsgut.[2]) Daneben aber verletzt jedes Delikt, wie sich unschwer an der Hand des Mstgb. nachprüfen läßt, ein besonderes Rechtsgut, ohne daß dadurch eine in der Natur der Sache liegende Eintönigkeit des Deliktscharakters vollständig vermieden würde.

Diese Einseitigkeit aber ist ein Beweis dafür, daß dem Militärstrafrecht und seinem System trotz seines Umfanges und seiner Geschlossenheit absolute Selbständigkeit nicht zukommt. Darauf führt auch eine Betrachtung seines allgemeinen Angriffsobjektes, der Disziplin. Definiert man diesen Begriff mit Moltke als Autorität von oben und Gehorsam von unten, so kann kein Zweifel sein, daß dies nichts weiter ist als ein für qualifizierte Lebensverhältnisse gebrauchter Ausdruck dessen, was man gemeinhin als Idee des Rechtes überhaupt bezeichnet. In diesem Sinne ist auch jedes gemeine Delikt eine Disziplinwidrigkeit,[3]) namentlich aber wenn es in besonderen Lebensverhältnissen seine Wurzel hat. Somit fehlt es dem militärischen Delikt auch in dieser Hinsicht an grundsätzlicher Selbständigkeit.

---

[1]) So mit Recht M. E. Mayer, Festschrift, S. 141.

[2]) M. E. Mayer, Militärstrafrecht, II, S. 7.

[3]) Vgl. hierzu Hirschberg, S. 72.

Ein umfassendes, rein wissenschaftliche Zwecke verfolgendes System des gemeinen Strafrechts müßte daher das gesamte Militärstrafrecht in sich aufnehmen; nicht äußerlich als Anhang, sondern organisch unter den einzelnen Deliktsgruppen. Zwischen dem Militärstrafrecht und dem übrigen Standesstrafrecht innerhalb des gemeinen Strafrechts besteht nur ein quantitativer, kein qualitativer Unterschied. Die Analogie mit dem bürgerlichen Recht und dem Handelsrecht auf dem Gebiete des Privatrechts ist unabweisbar.

Das Militärstrafrecht ein Teil des gemeinen Strafrechts! Wem könnte hier angesichts der allgemeinen Wehrpflicht der aus der geschichtlichen Entwicklung über das Verhältnis von Heer und Volk auf der einen, Militär- und gemeinem Strafrecht auf der anderen Seite erschlossene Satz verborgen bleiben!

2. Ihre normalen Subjekte.

Denjenigen, den die Norm verpflichtet, bezeichnen wir als das normale Subjekt des Deliktes.

Nach ihrem unmittelbaren Vorstellungsinhalt wendet sich die Norm nur an den Täter. Erst im Wege der Abstraktion weitet sie sich auf den Teilnehmer. Dies ist der Grund, weshalb das älteste Strafrecht nur einen Täter kennt, um erst allmählich zu dem Begriff der Teilnahme vorzudringen, weshalb es auch heutigentags noch bei einem großen Kreis von Delikten schwierig ist, den Kreis der normalen Subjekte dem Umfange nach zu bestimmen. Dabei ist jedoch nicht zu verkennen, daß neuerdings eine besonders auf das Praktische gerichtete Bewegung dahin geht, den Kreis der normalen Subjekte in dem Kreise aller Deliktsfähigen aufgehen zu lassen.

Bei den die allgemeinen Lebensverhältnisse betreffenden Delikten ist diese Ansicht gegenüber den in früheren Zeiten geäußerten Bedenken und Zweifeln zum vollständigen Siege gelangt. Jeder, auf den das Gesetz überhaupt Anwendung finden will, ist taugliches Subjekt, mag er auch aus logischen oder praktischen Gründen von der Täterschaft ausgeschlossen sein. Zur Illustrierung sei auf die §§ 177 und 181a Stgb. verwiesen. Niemand trägt Bedenken, eine teilnehmende Frauensperson zu bestrafen,

obwohl sie bei beiden Delikten, hier aus praktischen, dort aus logischen Gründen, von der Täterschaft ausgeschlossen ist. Bei dem Strafmaße wäre zu berücksichtigen, daß ihr die Täterschuld fehlt; eine Erwägung, der das Stgb. freilich seine Unterstützung versagt.

Anders ist es bei den die besonderen Lebensverhältnisse betreffenden Delikten, wozu auch die militärischen Delikte gehören. Hier ist es noch immer bestritten, ob der Kreis der normalen Subjekte auf die Zahl derer beschränkt sei, die unmittelbar in diesen besonderen Lebensverhältnissen stehen, oder ob in dieser Hinsicht kein Unterschied bestehe zwischen ihnen und den übrigen Deliktsfähigen, entsprechend den Grundsätzen bei den die allgemeinen Lebensverhältnisse betreffenden Delikten.

Das Mstgb. schlichtet den Streit ebensowenig wie das Stgb. bezüglich der Verbrechen und Vergehen im Amte. Es bestimmt zwar entsprechend dem § 359 Stgb., wer seinen Vorschriften und Strafgesetzen unterliegen solle, was schon wegen der zahlreichen allgemeineu Abweichungen vom Stgb. geboten war, es läßt aber im unklaren, ob damit der Kreis der normalen Subjekte der militärische Delikte abschließend begrenzt sei. In dieser Richtung war das preußische Mstgb. von 1845 deutlicher. Es schloß in § 1 Teil I die Zivilpersonen ausdrücklich aus.

Dem Mstgb. unterliegen nach § 3 für militärische Delikte grundsätzlich die Militärpersonen. Der Inhalt dieses Begriffes ist nicht unbestritten,[1]) er umfaßt nach § 4 die Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten. Für letztere enthält § 153 Mstgb. eine wichtige Einschränkung; für erstere § 6 Mstgb. Die Tragweite dieser beiden Einschränkungen ist nicht gleich groß. Die Personen des Beurlaubtenstandes werden dem Mstgb. durch § 6 für die Zeit außerhalb des Dienstes — von wenigen Ausnahmen abgesehen — vollständig entzogen, die Militärbeamten dagegen durch § 153 entsprechend den ähnlichen Erscheinungen

---

[1]) Vgl. dazu Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs, IV, S. 77 ff.; Schlayer, Gerichtsbarkeit, S. 12—16; Weigel, S. 1—27; v. Nostiz-Wallwitz, S. 5—29; Koppmann, Mstgb. § 4.

im Stgb. — § 181 a usw. — nur von der Täterschaft ausgeschlossen. Dafür spricht der unverkennbar verschiedene Wortlaut dieser beiden Bestimmungen, dafür sprechen aber namentlich innere Gründe. Bei den Personen des Beurlaubtenstandes äußert sich ihre Eigenschaft als Militärperson außerhalb des Dienstes nur sehr schwach. Von den Militärbeamten gilt das Gegenteil, wie sich schon aus ihrer Unterwerfung unter die Militärgerichtsbarkeit — Mstg.O. § 1, Ziffer 1 — und die militärische Disziplinargewalt, der jene nicht unterliegen, zeigt. Die hierin zutage tretende enge Zugehörigkeit zur Armee nötigt, die Ausnahmevorschrift des § 153 Mstgb. eng auszulegen. Dies führt dahin, daß die Teilnahme der Personen des Beurlaubtenstandes an den militärischen Delikten nach den allgemeinen, für alle Deliktsfähigen geltenden Grundsätzen, die Teilnahme der Militärbeamten dagegen nach den militärischen Gesetzen zu beurteilen ist. Damit ist die Teilnahme der Militärbeamten an den rein militärischen Delikten sicher gestellt, ebenso sicher gestellt ist, daß § 50 Stgb. auf ihre Teilnahme an den qualifiziert militärischen Delikten keine Anwendung findet, und daß ihre Teilnahme bei beiden Arten der militärischen Delikte selbst militärisches Delikt ist, da das Mstgb. der Sitz der Strafdrohung ist.

Ebenso beachtlich, wenn nicht noch beachtlicher sind die Erweiterungen des in § 3 Mstgb. aufgestellten Grundsatzes. Für den Frieden kommt § 2, Abs. 3 des E.G. zum Mstgb. und § 166, Abs. 1 Mstgb. (gegenstandslos infolge § 37 der Marine-Ordnung vom 12. November 1894) in Betracht. Eine geradezu universale Anwendung beansprucht das Mstgb. im Kriege, namentlich im Felde. Es ergreift nach §§ 155—158 und 166, Abs. 2 alle, die zur kriegführenden Macht in irgend einer Beziehung stehen, ohne Rücksicht auf Stand und Nationalität und erstreckt sich in § 160 Mstgb. sogar auf ganz unbeteiligte dritte.

Indem es diese Quasimilitärpersonen den echten Militärpersonen zu Zeiten gleichstellt, zeigt es in beachtenswerter Weise den oben angedeuteten Zug vom Subjektiven zum Objektiven.

3. Ihre prozessuale Behandlung.

Die Durchsetzung des aus dem materiellen Strafrecht entspringenden staatlichen Strafanspruchs erfolgt in dem Strafprozeß, einem rechtlich geordneten Verfahren vor den staatlich dazu berufenen Gerichten. Die in dieser Hinsicht ausgebildeten Rechtssätze sind niedergelegt in der Strafprozeßordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz.

Gerichtsverfassung und Strafprozeß sind in einem doppelten Sinne ausschließlich. Jeder Deliktsfähige ist den ordentlichen Gerichten und ihrem Verfahren unterworfen, aber auch nur ihnen unterworfen.

Eine Sonderstellung ist auch hier dem Heere eingeräumt. Seine Gerichtsbarkeit ist in dem Fegefeuer, das im 19. Jahrhundert die Sondergerichte verzehrte, unversehrt geblieben.[1]) (§ 7 E.G. zum G.V.G.). Sie umfaßt zwar nach § 39 des R.Mil.G. nur die Strafgerichtsbarkeit, hat es aber darin, wie die Mstg.O. zeigt, zu einem völlig selbständigen Verfahren samt einer selbständigen Gerichtsverfassung gebracht. Die eigene Gerichtsbarkeit in Zivilsachen[2]) hat im Beginn des 19. Jahrhunderts mit der Einführung der Allgemeinen Wehrpflicht aufgehört. Der veränderte Charakter des Heeres machte eine derartige rechtliche Isolierung entbehrlich.

An der Berechtigung der besonderen Strafgerichtsbarkeit des Heeres kann nicht gezweifelt werden. Die Strafverfolgung übt einen so tiefgehenden Einfluß auf die Heereszucht aus, daß sie füglich keinem außenstehenden anvertraut werden kann. In dieser Hinsicht besteht aber kein Unterschied zwischen den gemeinen und den militärischen Delikten. Deshalb sind die Bestrebungen derer, die die Bestrafung der gemeinen Delikte der Militärpersonen der militärischen Gerichtsbarkeit entziehen und der bürgerlichen zuweisen wollen, abzulehnen.[3]) Dies ist auch in Mstg.O. § 1, Abs. 1 geschehen.

---

[1]) Um die Erforschung der Geschichte der Militärgerichtsbarkeit hat sich besonders verdient gemacht v. Bonin: Grundzüge der Rechtsverfassung in den deutschen Heeren zu Beginn der Neuzeit 1904.

[2]) Vgl. Lünig, Anhang, S. 386.

[3]) Hierzu Seuffert in St.G. I, S. 70.

II. Abschnitt.

I. Die Teilnahme an nicht rein militärischen Delikten.

1. Die Teilnahme an gemeinen Delikten.

I. Die Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an gemeinen Delikten kann, welche von beiden auch immer der Täter ist, zu grundsätzlichen Schwierigkeiten nicht führen.

Einige Besonderheiten des Militärstrafrechts sind jedoch nicht zu übersehen.

Von der größten Bedeutung ist § 7 Mstgb. Er enthält einerseits eine sehr wichtige Durchbrechung des Territorialitätsprinzipes, andrerseits die Wiederherstellung des für das Ausland in § 4 Stgb. durchbrochenen Legalitätsprinzipes. Wenn demnach Zivil- und Militärpersonen unter den Voraussetzungen des § 7 Mstgb. im Auslande eine nach deutschem Rechte strafbare Handlung, und zwar ein gemeines Verbrechen, gemeinschaftlich verüben, so muß die Militärperson unter allen Umständen zur Rechenschaft gezogen werden; während es bei der Zivilperson von dem pflichtmäßigen Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängt. Entsprechendes gilt unter der Voraussetzung des § 127 Mstgb. Die Militärperson wird von Amts wegen, die Zivilperson nur auf Antrag verfolgt.

Aber nicht nur aus diesen äußeren, sondern auch aus inneren Gründen ist eine verschiedene Beurteilung von Zivil- und Militärpersonen denkbar. Wie die §§ 49 und 87 Mstgb. zeigen, sind die Schuldausschließungsgründe des gemeinen Strafrechts, die grundsätzlich auch für das Militärstrafrecht gelten, für einige Fälle nicht gegeben. Dies kann, wie M. E. Mayer[1]) mit Recht betont hat, insbesondere beim Notwehrexzeß praktisch werden. In einem solchen Falle mußte die Militärperson bestraft werden, die Zivilperson dagegen straflos bleiben.

[1]) Militärstrafrecht, I, S. 93.

Die übrigen Besonderheiten des Militärstrafrechts beziehen sich nur auf die Strafarten, die Strafzumessung und Strafvollstreckung. (§§ 14, 15, 17, Abs. 2, 29, 30—40, 42, 43, 45, 46 Mstgb.)

II. Im Gegensatz zu der materiell-rechtlichen kommt der prozeßrechtlichen Seite dieser Frage große Bedeutung zu. Es ist der einzige Fall, wo das Prozeßrecht an der Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen überhaupt interessiert ist.

Die Zivilstrafgerichtsbarkeit ist, wie wir sahen, von der Militärstrafgerichtsbarkeit streng getrennt. Jener unterliegen die Zivilpersonen, dieser grundsätzlich die Militär- und Quasimilitärpersonen.[1]) Eine Ausnahme macht § 4 Mstg.O., indem er in Fällen, wo Zivil- und Militärpersonen gemeinschaftlich allgemeinen Strafgesetzen zuwider gehandelt haben, gestattet, die beteiligte Militärperson dem bürgerlichen Gericht zur Untersuchung und Aburteilung zu übergeben. Diese Bestimmung, die erst in der achten Kommission im Reichstage als § 1c eingefügt wurde, wurde von der Regierung zunächst nach Möglichkeit bekämpft.[2]) Zwar erkannte sie von vornherein die Schwierigkeiten einer gesonderten Behandlung an, glaubte aber doch, mit aller Zähigkeit an der ungeschmälerten militärischen Gerichtsbarkeit festhalten zu müssen, indem sie ausführte, die Regelung des Entwurfs sei gegenüber den in Bayern, Baden, Preußen und Württemberg bestehenden Systemen immer noch am besten. Schließlich einigte man sich jedoch; und zwar auf einer mittleren Linie. Die von dem Reichstage nach württembergischen Vorbilde vorgeschlagene obligatorische Übergabe[3]) wurde abgelehnt und durch die fakultative nach badischem Vorbilde ersetzt. Damit trat das Reichsrecht in bewußten Gegensatz zu dem bisherigen bayrischen und preußischen Recht. Nach bayrischem Recht war das Verfahren überaus kompliziert, insbesondere litt es daran, daß der Gerichtsherr die

---

[1]) Mstg.O., § 1, N. 1, 4, 6, 7, 8, § 5, N. 1, 3, 4, aber auch § 1, N. 2, 3, 5; § 5, N. 2; § 6; § 11.

[2]) Vgl. hierzu und zu dem folgenden Sten. Ber., 9. Lg., 5. Session, 2. Anlageband, S. 1509.

[3]) Sie besteht auch in Frankreich. Rivière in Stg., I, S. 458.

Übergabeerklärung bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens jederzeit frei widerrufen konnte. Nach preußischem Recht geschah die Untersuchung vor einem aus einer gleichen Zahl bürgerlicher und militärischer Richter unter Vorsitz einer Militärperson bestehenden Kommission gemeinsam, die Aburteilung dagegen vor den Zivil- und Militärgerichten getrennt.[1]) Man sprach deshalb in Preußen von dem System der gemischten Kommissionen.[2])

Die Bestimmung des § 4 Mstg.O. bedarf noch einiger Erläuterung.

Die Übergabeerklärung ist nicht zurücknehmbar,[3]) sie gilt für alle Instanzen einschließlich des Wiederaufnahmeverfahrens. Sie geht von dem Gerichtsherrn aus, entweder auf Ansuchen der bürgerlichen Behörden oder aus freien Stücken. Sie erfolgt gegenüber der Staatsanwaltschaft, und zwar, wenn überhaupt, so unverzüglich.[4]) Die bürgerlichen Gerichte dürfen die Übernahme nicht verweigern.[5]) Wohl aber müssen sie ihre Zulässigkeit, insbesondere die Zuständigkeit des übergebenden Gerichtsherrn prüfen.[6]) Mangelt es hieran, so müssen die Akten der Militärbehörde zurückgegeben werden. An dem zuständigen Gerichtsherrn ist es nun, über die Übergabe zu entscheiden.[7]) Ist aber das Hauptverfahren schon eröffnet, dann muß das bürgerliche Gericht unter allen Umständen zur Hauptverhandlung schreiten und unter Umständen seine Unzuständigkeit durch Beschluß erklären.[8])

---

[1]) Mstgb. von 1845, Teil II, §§ 52, 53. Vgl. auch Friccius, S. 158. Mylius, Constitutionen, III, 1, S. 481, 485; Lünig, S. 806, 807 unter 3.

[2]) Quickmann, S. 285, 286, 574, 786, 785.

[3]) R.M.G., 8, S. 597.

[4]) So nach kriegsministerieller Verfügung vom 15. September 1901 bei Schlayer, Militärstrafrecht, § 4, Anm. 33, S. 220.

[5]) Stenglein, § 4, N. 5, S. 7.

[6]) Romen und Rissom, § 4, N. 4.

[7]) So Stenglein, § 4, N. 7, S. 8.

[8]) So mit Recht Grosebert im Recht 1907, S. 1310; Autenrieth, Juristenzeitung, Bd. 12, S. 181.

Nach erfolgter Aburteilung der Zivilperson kann die beteiligte Militärperson nicht mehr übergeben werden, da der Grund dazu weggefallen ist.[1])

Die Übergabe darf ferner nur erfolgen, wenn es sich lediglich um gemeine Verbrechen handelt. Sie ist ausgeschlossen bei realer oder idealer Konkurrenz mit einem militärischen Verbrechen. Eine Beschränkung auf einen einzigen bestimmten Tatbestand wird jedoch bei der Weite des Wortlautes nicht gefordert werden dürfen.[2]) Deshalb erstreckt sich die Abgabe auch auf alle ideell, nicht aber mangels einer ausdrücklich dahin gehenden Abgabeerklärung auf die real konkurrierenden gemeinen Delikte. Letzteres ist freilich bestritten.[3]) Es würde jedoch ins Uferlose führen und dem Ausnahmecharakter sowie dem Wortlaute des § 4 Mstg.O. widersprechen. Denn dieser redet nur von einer Zuwiderhandlung gegen die allgemeinen Strafgesetze, nicht aber von Zuwiderhandlungen gegen die allgemeinen Strafgesetze, er paßt also nur auf die Ideal-, nicht auf die Realkonkurrenz.

Stellt sich die Übergabe als irrig heraus, dann ist das bürgerliche Gericht genau so unzuständig, wie wenn sie von dem unzuständigen Gerichtsherrn erklärt wäre.[4]) Wird der Irrtum erst nach ergangenem Urteil offenbar, so kann sowohl die Staatsanwaltschaft als der Angeklagte von den Rechtsmitteln Gebrauch machen, und zwar bei den bürgerlichen Gerichten. Von ihnen wird auch unbeschadet des § 15, Abs. 1 Mstgb. die Strafe vollstreckt.

Nach alledem erscheint die Bedeutung des § 4 gering. Man hat ihm deshalb auch eine geringe Anwendung prophezeit.[5]) Dies hat sich allerdings nicht erfüllt. Denn ausweislich einer Mitteilung des Breslauer Oberkriegsgerichts wird er öfter angewendet.

---

[1]) So Walde, im Recht 1907, S. 809.

[2]) Romen u. Rissom, § 4, N. 1; Schlayer, Gerichtsbarkeit, S. 53.

[3]) Vgl. Elsner, v. Gronow und Sohl, S. 265; Koppmann, Mstgb.O. § 4, Anm. 16.

[4]) R.G.E. 18, S. 51.

[5]) So Mittermaier, Z. 19, S. 578.

2. Die Teilnahme an qualifiziert militärischen Delikten.

Bei der Untersuchung der Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an qualifiziert militärischen Delikten ist davon auszugehen, daß nur eine Militärperson ihr Täter sein kann. Die Zivilperson kann nicht Täter sein, da ihr die Täterschuld mangelt; ihr bleibt damit nur die Teilnahme. Dabei ist zu beachten, daß der Tatbestand des qualifiziert militärischen Deliktes seinem objektiven Erfolge nach dem gemeinem Strafrecht entstammt, so daß grundsätzlich jeder Deliktsfähige die ihn erfüllende Handlung vorzunehmen in der Lage ist. Er wird aber dadurch aus dem angegebenen Grunde nicht zum Täter, sondern bleibt Gehilfe der mit oder ohne Schuld verursachenden täterschaftstauglichen Militärperson. Wie seine Schuld qualitativ, so weicht sie auch quantitativ von der der Militärperson ab. Dem entspräche eine Minderung des sonst für den Anstifter und Gehilfen bestimmten Strafmaßes und das Problem der Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an qualifiziert militärischen Delikten wäre gelöst.

Dies hat das geltende Strafrecht von Grund aus verkannt. Ausgehend von einer ganz unrichtigen Auffassung der Täterschaft und von der ebenso unrichtigen Unterscheidung der persönlichen Eigenschaften in solche, die am Delikt, und solche, die an der Person haften, hat es in § 50 Stgb. eine der schlimmsten Bestimmungen der ganzen Teilnahmelehre geschaffen und die Verhältnisse zu einem Teile geradezu auf den Kopf gestellt. Indem es den Einfluß der strafändernden persönlichen Eigenschaften und Beziehungen auf den beschränkt, bei dem sie vorliegen, bestraft es in dem Falle, wo die Militärperson die den Tatbestand des militärischen Deliktes ausfüllende Handlung vornimmt, die anstiftende oder helfende Zivilperson als Teilnehmer an dem entsprechenden gemeinen Delikt, wo sie selbst diese Handlung vornimmt, als Täter des gemeinen Deliktes, die Militärperson als Teilnehmer des entsprechenden militärischen Deliktes. Daß dabei das militärische Moment vollständig zu kurz kommt, zeigt eine genaue Betrachtung des Einzelfalles.

Ein Ausländer oder Deutscher, der auf dem Kriegsschauplatz einen Kriegsverrat begeht, wird nach § 160 Mstgb. mit den-

selben strengen Strafen wie eine Militärperson bestraft. Leistet er von der Heimat aus einer Militärperson bei einem Kriegsverrat Teilnahme, wird er nur wegen Teilnahme an einem Landesverrat bestraft. Die Berücksichtigung der ungeheuren Qualifikation des Kriegsverrates gegenüber dem Landesverrat bleibt der Strafzumessung überlassen. Das kann zu annehmbaren Ergebnissen führen — vgl. die Strafe des § 90 Stgb. mit der des § 58, Ziffer 1 Mstgb. —, kann aber auch fehlgehen — vgl. die Strafe des § 58, Ziffer 2—12 Mstgb. und die des § 89 Stgb. — Die Teilnahme an dem Kriegsverrat in der Form des § 59 Mstgb. bleibt für Zivilpersonen straflos. § 59 Mstgb. enthält nichts weiter als eine Erhöhung der Strafbarkeit des Kriegs- und damit des Landesverrats für Militärpersonen, woran die Zivilpersonen nach § 50 Stgb. keinen Teil haben. Die naheliegende Auffassung, daß in § 59 Mstgb. die Eigenschaft als Militärperson strafbegründende Bedeutung habe, hält einer tiefergehenden Kritik an der Hand der Unterscheidung von Strafbarkeits- und Normwidrigkeitsmerkmalen nicht stand.

Entsprechendes gilt für die §§ 79 und 80 Mstgb. Hier kann es sich nur um die Anstiftung zur Selbstbefreiung einer Militärperson handeln, da für die Beihilfe dazu § 120 Stgb. Vorsorge trifft. Die Anstiftung ist für Zivilpersonen straflos. Die Teilnahme von Zivilpersonen an den Delikten der §§ 81 bis 83 Mstgb. stellt sich als Teilnahme an den Delikten der §§ 142 und 143 Stgb. dar, wobei zu beachten ist, daß von § 81 Abs. 2 abgesehen, die Strafen dieselben sind. Kommt das Delikt des § 81 Mstgb. nur zum Versuch, dann wird nur die Militärperson bestraft. § 81 Abs. 3.

Das gleiche gilt für das Unternehmen der Tätlichkeit in § 97 Mstgb. Das gemeine Strafrecht kennt das nicht. § 185 Stgb. Die von einer Zivilperson zu einer Tätlichkeit gegenüber einem Vorgesetzten angestiftete Militärperson wird, auch wenn es bei dem bloßen Unternehmen verblieben ist, mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren, in minder schweren Fällen mit einer solchen nicht unter einem Jahre bestraft, die Zivilperson bleibt straflos. Gebraucht die Militärperson bei dem Unternehmen ein Schimpf-

wort, dann eröffnet sich auch für die Zivilperson die Möglichkeit der Bestrafung. Stiftet eine Zivilperson eine Militärperson zur Begehung des Verbrechens aus § 96 Mstgb. an, so wird diese mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren, im Felde nicht unter zwei Jahren, jene wegen Anstiftung zu dem Delikt des § 114 Stgb., falls der Vorgesetzte eine Behörde oder ein Beamter war, sonst wegen Anstiftung zu § 240 Stgb bestraft. Die Strafe beträgt im Maximum bei § 114 Stgb. 5 Jahre, bei § 240 1 Jahr Gefängnis. Ist der Vorgesetzte kein Beamter und die Drohung keine Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen, dann bleibt die anstiftende Zivilperson straflos.

Das gleiche gilt, wenn eine Zivilperson mehrere Militärpersonen zu einer gemeinschaftlichen Widersetzung oder Tätlichkeit gegen einen Vorgesetzten angestiftet hat, diese sich auch dazu verabredet, die Verabredung aber nicht ausgeführt haben. § 103 Mstgb.

Stiftet eine Zivilperson mehrere Militärpersonen an, sich zusammenzurotten und mit vereinten Kräften es zu unternehmen, eine der drei in § 106 Mstgb. aufgeführten Handlungen zu begehen, so trifft die Zivilperson im ersten Falle die Strafe aus § 112 Stgb., im übrigen, falls es zu dem Aufruhr gekommen ist, die Strafe aus (§ 114) § 115 oder 240 Abs. 1 oder 2 Stgb., endlich die Strafe aus § 185 Stgb. Ist es bei dem Unternehmen der Tätlichkeit verblieben, dann geht sie straflos aus.

Bei den §§ 122 und 123 Mstgb. fällt auf, daß die Strafen gegenüber denen des bürgerlichen Strafrechts nicht erhöht, zum Teil sogar erleichtert sind. Vgl. § 123 Abs. 3 und § 226 Stgb.

Stiftet eine Zivilperson eine Militärperson an, im Felde unter Benutzung des Kriegsschreckens oder unter Mißbrauch ihrer militärischen Überlegenheit einem Untertan des feindlichen Staates mittels Erbrechens eines Behältnisses eine Sache offen wegzunehmen, oder leistet sie ihm dabei Beihilfe, so wird der Soldat wegen einfacher Plünderung gemäß den §§ 129 und 131 Mstgb. mit Gefängnis bis zu 5 Jahren bestraft, die teilnehmende Zivilperson dagegen unterliegt der Zuchthausstrafe aus § 243 Stgb., falls ihr nicht mildernde Umstände zugebilligt werden. Das gleiche tritt ein, wenn das Delikt des § 129 Mstgb. nicht durch

den schweren Diebstahl, sondern durch Raub mittels einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen wird. Hier unterliegt die Militärperson von der Erschwerung des § 136 Mstgb. abgesehen, da der Tatbestand des § 133 nicht gegeben ist, der leichten Strafe der einfachen Plünderung, während die Zivilperson, falls ihr nicht mildernde Umstände zugebilligt werden, gemäß § 249 Stgb. ins Zuchthaus wandert.

Die Zivilperson, die außerhalb des § 160 Mstgb. eine Militärperson anstiftet, einem Toten auf dem Schlachtfelde eine Sache wegzunehmen, kann nur wegen Anstiftung zum einfachen Diebstahl gemäß § 242 Stgb. mit Gefängnis bestraft werden, die Militärperson dagegen trifft nach § 134 Mstgb. Zuchthaus bis zu 10 Jahren und nur in minder schweren Fällen Gefängnis.

Bei den nicht besonders erwähnten qualifiziert militärischen Delikten (§§ 91, 112, 117, 120, 121, 132, 137, 138, 144, 148) werden die Ergebnisse befriedigender sein, weil die objektiven Tatbestände mit denen der entsprechenden gemeinen Delikte besser übereinstimmen. Gleichwohl vorhandene Unstimmigkeiten, namentlich im Umfang des Strafrahmens, wird die Strafzumessung beseitigen; deren Werk freilich dadurch erschwert wird, daß die Aburteilung vor verschiedenen Gerichten erfolgt.

Das Gesamturteil aber über die Regelung der Teilnahme von Zivil- und Militärpersonen an qualifiziert militärischen Delikten durch § 50 Stgb. kann nicht anders als vernichtend ausfallen, so sehr man auch die Seltenheit der besonders krassen Fälle berücksichtigt. Indem das Gesetz das Unmögliche erstrebt, die militärischen Verhältnisse für die beteiligten Zivilpersonen unbeschadet der Gerechtigkeit lediglich im Lichte des gemeinen Strafrechts zu erblicken, wirkt seine Regelung an vielen Orten wie Würfelspiel. Zugleich aber übersieht das Gesetz, daß gerecht sein heißt, die Dinge nach dem ihnen innewohnenden Maße beurteilen.

II. Die Teilnahme an rein militärischen Delikten.

1. Responsa prudentium.

Wer darüber zu berichten hat, wie die Wissenschaft und die Praxis über die sehr bestrittene Frage der Teilnahme von Zivil-

personen an rein militärischen Delikten denkt, hat Äußerungen von verschiedenem Umfang und Werte zu verzeichnen. Neben kurzen Bemerkungen finden sich lange, mehr oder weniger tiefgründige Erörterungen. Und indem er sie danach einteilt, je nachdem sie sich nur über die Normwidrigkeit der zivilistischen Teilnahme schlechthin oder auch über ihre Strafbarkeit nach geltendem Reichsrecht auslassen, gewinnt er folgende Übersicht:

I. Im allgemeinen.
  a) Die Teilnahme ist normwidrig.
  b) Die Teilnahme ist nicht normwidrig.

II. Nach geltendem Recht.
  a) Die Teilnahme ist normwidrig;
    1. und strafbar,
    2. aber straflos.
  b) Die Teilnahme ist nicht normwidrig;
    1. und straflos,
    2. aber strafbar.

Ia. Als erster verdient hier Brauer[1]) genannt zu werden. Er bekämpft die Anschauungen Roßhirts, Brackenhöfts und besonders Köstlins, die die Teilnahme am Dienstverbrechen, sofern es kein gemeines Delikt enthält, für straflos erklären. Er führt die wenigen hier einschlägigen Bestimmungen der gemeinen und militärischen Strafgesetzbücher an und tritt besonders für das sächsische vom 11. August 1855, Artikel 66—69[2]) ein. Seine Beweisführung gipfelt in dem Satze: die alte Rechtsregel, daß der Anstifter die Strafe des Täters erleidet, müsse auch auf die Teilnahme von Zivilpersonen an militärischen Delikten (auch an den qualifizierten) wieder Anwendung finden. Sonst würde das Staats- und Rechtsleben stark gefährdet.

Ebenfalls von der Teilnahmelehre aus, jedoch ohne diese etwas fadenscheinige Begründung, suchen Bierling und Beling die Normwidrigkeit extraner Teilnahme zu erweisen. Aber während das Bierling (S. 339) ohne weiteres aus dem Anstifterbegriff heraus tut, geht Beling (S. 420 ff.) eingehender

---

[1]) G.S. 1856, Bd. 2, S. 34 ff, bes. 42 und 43.

[2]) Hierzu Krug, Kommentar zum sächsischen Stgb., 1855, S. 155 bis 157.

auf das Problem ein: Der Täter muß vollständig, der Teilnehmer dagegen braucht nur modifiziert tatbestandsmäßig zu handeln. Das gilt auch hinsichtlich der persönlichen Tatbestandserfordernisse. Bei jenem sind sie unerläßlich, bei diesem können sie fehlen. So neu dies erscheint, so ist es doch in seinem Grunde nichts anderes als eine neue Formel für den alten Gedanken der Akzessorietät der Teilnahme. Der Teilnehmer trägt schuldhaft ein Schärflein zu fremder rechtswidriger Tat bei und macht sich dadurch selbst strafbar, darauf läuft es, wie Beling selbst sagt (S. 426), letzten Endes hinaus.

Woher wissen wir aber, daß der extrane Teilnehmer schuldhaft handelt?

Im Gegensatz hierzu hat man seine Aufmerksamkeit mehr auf die angegriffenen Güter gerichtet. So Glaser (S. 118) und Gretener (Entwurf S. 88). Eine Zivilperson kann zwar gemeine Delikte gegen das Heerwesen, aber keine spezifisch militärischen Delikte begehen. Auch die Teilnahme an letzteren muß nach Gretener für die Zivilpersonen gemeine Straftat bleiben, selbst, wenn die Strafe dem Mstgb. entstammt. Von ähnlichen Erwägungen geht Glaser aus. Er wirft die Frage auf, ob sich der Anstifter zum militärischen Verbrechen nicht eben eines solchen Angriffes auf die militärischen Rechtsgüter schuldig mache, wie der Anstifter zum Morde eines Angriffs auf das Leben eines andern. Freilich die Strafbarkeit hänge davon ab, ob ihm die Handlung durch ein allgemeines Gesetz verboten sei, was bei gewissen Militärverbrechen nicht der Fall sein möge.

b. Den entgegengesetzten Standpunkt hat Kohler[1]) eingenommen. Er hat die Normwidrigkeit extraner Teilnahme am Militärverbrechen verneint, indem er das Argument Greteners und Glasers in umgekehrtem Sinne verwendet hat. Nach seiner Meinung kann ein Extraneus deshalb nicht Teilnehmer sein, weil seine Handlung gar keine Rechtsverletzung bedeutet.[2]) Denn alle diese Delikte richten sich nicht gegen allgemeine Rechtsgüter, sondern nur gegen die persönlichen Beziehungen, in denen der

---

[1]) Studien, S. 134; G.A. 51, S. 174.

[2]) Neuerdings hat Kohler in G.A. 58, S. 7 ff. den Gegnern weitgehende Zugeständnisse gemacht.

Sondervinkulierte zum Staate steht. Diese aber sind für den Extraneus nicht vorhanden, können also von ihm nicht verletzt werden. Kohler hat damit schon von Köstlin (S. 285 und 318) und Brackenhöft (Archiv des Kriminalrechts 1840, S. 410 und 423) vertretene Gedankengänge wieder aufgenommen.

II a. 1. Der überwiegende Teil der Autoren, die sich mit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten in Rücksicht auf das geltende Recht befaßt haben, bejaht ihre Strafbarkeit.

Dies tun ohne nähere Begründung Schlayer (Gerichtsbarkeit S. 37 und 39); Elsner v. Gronow und Sohl (S. 52); Weigel (S. 36); Frank (S. 81); Rotermund (S. 261) und R.G.E. 27, S. 159.

Eingehender begründet — allerdings in erster Linie für die Begünstigung — ist die Entscheidung in E. Bd. 15, S. 396 und R. Bd. 9, S. 218. Hier weist das Reichsgericht darauf hin, daß der Tatbestand der Begünstigung überall da zutreffe, wo ein Strafanspruch aus einem Verbrechen oder Vergehen illusorisch gemacht werden solle, erklärt die militärischen Delikte zugleich als solche im Sinne des Stgb. und setzt die Schlußfolgerungen auseinander, die man aus der Straflosigkeit der Begünstigung für die Teilnahme zu ziehen habe.

Mit ähnlichen Argumenten arbeitet Herz-Ernst, S. 55. Er stützt sich zusammen mit Weigel darauf, daß die militärischen Delikte zugleich V. o. V. im Sinne des Stgb. seien, und verweist mit R.G.E. 25, S. 236 auf die Unschädlichkeit des § 50 Stgb.

Dieser spielt bei einer weiteren Zahl von Schriftstellern eine große Rolle. Im Anschluß an ihn sprechen sich aus: Doerr (Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 71, S. 345); v. Liszt, S. 232; Meyer-Allfeld, S. 191; Büll, S. 52 unter ausdrücklicher Polemik gegen Cl. v. Koppmann und Sonanini; Tischler, S. 105; v. Bar, S. 669; Berolzheimer, S. 30; Hergt, S. 154.

Neben diesen mehr oder weniger dürftigen Äußerungen haben wir zwei Schriftsteller, die sich ausführlich für die Strafbarkeit extraner Teilnahme am rein militärischen Delikt ausgesprochen und damit gewissermaßen Schule gemacht haben, Hecker und Nagler.

Hecker hat seine Ansichten in G.A. Bd. 30, S. 128 (Sammlung S. 64) entwickelt und in seinem Lehrbuch S. 88 wiederholt. Ausgehend von der prinzipiellen Möglichkeit extraner Teilnahme am Sonderverbrechen wirft er die Frage nach der Strafdrohung der zivilistischen Teilnahme auf. Da er die Strafdrohung im Stgb. nicht findet, ein Argument, das Friedrich Koppmann S. 35 und Sonanini, S. 24, mit Begeisterung aufnehmen, sucht und findet er sie im Mstgb. Dazu gelangt er durch eine Auslegung des § 2 Mstgb., deren Unrichtigkeit auf der Hand liegt. Er übernimmt nämlich nicht nur diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des Deutschen Strafgesetzbuches in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, in das Mstgb., sondern zugleich die allgemeinen Verbrecher. Dies tut er, weil die sogenannten gemeinen Militärdelikte (§§ 112, 141 bis 143 Stgb.) nach seiner Meinung den Bedürfnissen einer rationellen Strafrechtspflege nicht genügen.

Seine Argumente hat Olshausen I, S. 171 aufgenommen. Hierher zu zählen ist auch Borchert, S. 19. Er schließt von der Strafbarkeit der Begünstigung unter Beziehung auf § 2 Mstgb. auf die Strafbarkeit der Teilnahme, nachdem er S. 16 auch § 50 Stgb. herangezogen hat. In der Frage nach dem Ersatz der Arreststrafe (S. 76) weicht er jedoch von Hecker ab und nimmt mit Olshausen Haft an.

Auf Hecker hat sich auch v. Calker, S. 135, berufen.

Ganz andre Wege schlägt das ausgezeichnete Werk Naglers ein. Von der Normentheorie ausgehend hat Nagler den Begriff des Sonderverbrechens auf feste Grundlage gestellt und darauf die Lösung des Problems versucht, nachdem er die Schlüsse aus § 50 Stgb. und der akzessorischen Natur der Teilnahme als nicht ausreichend zurückgewiesen hatte. Auf Grund sekundärer Normen, deren exakter Nachweis ihm freilich nicht ganz gelungen zu sein scheint,[1]) betrachtet er die extrane Teilnahme als norm-

---

[1]) So auch Beling und trotz sonstiger Zustimmung Otker, G.S. 68, S. 305. Gegen Nagler besonders Kohler G.A. 51, S. 173; M. E. Mayer, Z. 28, S. 270, V.D. II. 1, S. 392; v. Bar, S. 657; Holz, G.A. 53, S. 206; v. Liszt, S. 214, Anm. 1.

widrig und nach eingehender Kritik des Stgb. und Mstgb. mit Hilfe von § 48 und § 49 Stgb. auch als strafbar.

Zu seinen Ergebnissen haben sich bekannt von Nostitz-Wallwitz S. 23—26, der allerdings insoweit von Nagler abweicht, als er die Strafbarkeit der Teilnehmer aus § 2 Mstgb. herleitet, Götz, S. 61, endlich der Schöpfer der Normentheorie selbst, vgl. Binding in Grundriß, S. 77 und 145; Handbuch, S. 185 und 333; Lehrbuch, II, 2, S. 661, 684.

2. Die Schriftsteller, die wir jetzt zu betrachten haben, stehen zwar grundsätzlich auf demselben Standpunkt wie die vorigen, treten aber trotzdem aus positiv-rechtlichen Gründen für die Straflosigkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten ein. Hierher gehört zunächst M. E. Mayer. Er meint in V.D., II, 1, S. 392, daß alle Deduktionen, die bei der Strafbarkeit teilnehmender Zivilpersonen enden, de lege ferenda richtig seien, dem geltenden Recht jedoch widersprächen. Denn es fehle an einer Strafdrohung. Die einfachste Voraussetzung, daß die Zivilpersonen dem Mstgb., nach welchem sie bestraft werden sollen, unterlägen, sei nicht erfüllt. Außerdem genügten die sogenannten gemeinen Militärdelikte den Bedürfnissen und schließlich sei die erforderliche Umwandlung der Arreststrafe keine Gesetzesauslegung mehr, sondern Gesetzgebung. (Militärstrafrecht S. 103.)

Sodann ist Finger, S. 364, hierher zu zählen. Er leitet die Straflosigkeit der an sich normwidrigen extranen Teilnahme aus § 50 Stgb. ab. Soviel man aus seiner kurzen Bemerkung herauslesen kann, ist auch Seuffert, St.G., I, S. 78, in diesem Zusammenhange zu erwähnen.

Schließlich sind Oppenhoff (Stgb., § 48, Nr. 4) und wohl auch Sonanini hier zu verzeichnen. Sie nehmen beide strafbare extrane Teilnahme am Amtsverbrechen an und lehnen sie beide für das rein militärische Verbrechen ab. Oppenhoff stützt sich dabei auf die Unmöglichkeit, aus § 2 Mstgb. eine Strafdrohung herauszulesen und für die Arreststrafe einen passenden Ersatz zu finden. Da dies nach seiner Meinung auf die Begünstigung nicht zutrifft, steht ihrer Bestrafung nichts im Wege. (§ 257 Nr. 4.)

Ähnliche Erwägungen sind es, die Sonanini in engem Anschluß an Cl. v. Koppmann und heftiger Polemik gegen Hecker zur Ablehnung strafbarer extraner Teilnahme am rein militärischen Delikt veranlassen. Da er „den Schlüssel dieser Lehre" in den Motiven findet (S. 15), werden wir annehmen müssen, daß er sich nur gegen die Strafbarkeit, nicht aber gegen die Normwidrigkeit wendet.

b) 1. Mit den eben behandelten Autoren kommen im praktischen Ergebnis die überein, welche mit der Ablehnung der Strafbarkeit nach geltendem Recht die Ablehnung der Normwidrigkeit nach allgemeiner kriminalistischer Logik verbinden. Hier ist zunächst Schwarze zu erwähnen. Er sieht das militärische Delikt als Verletzung der besonderen Beziehungen der Militärpersonen an, woran sich eine Zivilperson außer in den Fällen der §§ 142, 143 Stgb. nicht strafbar beteiligen könne. (S. 162.)

Dasselbe Argument kehrt bei Cl. v. Koppmann (Mstgb., S. 159 ff.) und Friedrich Koppmann in verstärkter Form wieder.

Cl. v. Koppmann verwirft mit Recht die Heckersche Auslegung des § 2 Mstgb., beruft sich auf die sonstige Überflüssigkeit der §§ 112, 141—143 Stgb., die andrerseits im Verein mit den qualifiziert militärischen Delikten zur Ahndung wirklich strafwürdiger extraner Teilnahme vollauf hinreichten, sowie auf die Tatsache, daß das Stgb. zu einer Zeit erlassen ist, wo das die zivilistische Teilnahme ausschließende Preußische Mstgb. von 1845 noch in Kraft war.

Damit sind zugleich die Grundgedanken der Fr. Koppmannschen Schrift aufgezeigt. Koppmann leugnet im Verein mit Schwarze und Kohler die Normwidrigkeit extraner Teilnahme am reinen Amts- und Militärverbrechen und wendet sich dann ausschließlich der Frage ihrer Strafbarkeit nach geltendem Rechte zu. Hierbei bezeichnet er als „leitenden Grundgedanken" seine Bedenken bezüglich der Existenz einer Strafdrohung. Er bekämpft darauf mit guten Gründen die Heckersche Auslegung des § 2 Mstgb., nachdem er dessen Ansicht über die Unbrauchbarkeit der §§ 48 ff. Stgb. als Strafdrohung beigetreten ist, unterzieht das Reichsgericht einer nach Form und Inhalt sehr harten Kritik (S. 55)

und sucht in einem „Kriminalpolitische Erwägungen" überschriebenen Abschnitt die Sinnlosigkeit der gegnerischen Ansicht zu erweisen. Da nach seiner Ansicht die Begünstigung trotz ihrer „naturgemäßen" Stellung im besonderen Teil ein „Akzessorium der Teilnahme" bildet, ergibt sich daraus auch „die Unmöglichkeit einer Begünstigung . . . von selbst". (S. 33.)[1]) Hingegen steht der Anwendung des § 49a Stgb. auf rein militärische Delikte nichts im Wege.[2]) (S. 63).

§ 49a ist also anscheinend kein Akzessorium der Teilnahme. Vielleicht würde er so bezeichnet, wenn er statt der naturwidrigen Stellung im allgemeinen Teile seine naturgemäße Stellung im besonderen Teile inne hätte.

2. Der gegenteilige Standpunkt, daß die nach kriminalistischer Logik unmögliche extrane Teilnahme gleichwohl nach positivem Rechte bestraft würde, war bis vor kurzem noch unvertreten. Neuerdings hat sich Redslob, S. 49 und S. 9 dahin ausgesprochen.

2. Ihre Normwidrigkeit.

I. Es versteht sich von selbst, daß jeder Deliktsfähige eine Militärperson zur Begehung eines Ungehorsams, einer unerlaubten Entfernung sowie jedes beliebigen andern rein militärischen Deliktes anstiften und ihr dabei Hilfe leisten kann. Das bedarf keiner Begründung und ist die Voraussetzung jeder rechtlichen Erörterung. Es kann aber weiter auch kein Zweifel sein, daß die Anstiftung oder Beihilfe einer Zivilperson für den Erfolg in demselben Maße kausal ist wie die einer Militärperson. Ist dies aber richtig, dann muß man auch zugeben, daß die Teilnahme der Zivilperson in tatsächlicher Beziehung denselben Schaden anrichtet wie die Teilnahme einer Militärperson. Damit läuft alles darauf hinaus, ob die Verursachung des Schadens durch die Zivilperson rechtlich beachtlich, d. h. rechtswidrig und damit normwidrig sei. Wer dies verkennt, verwechselt das Recht mit seinem Substrat.

---

[1]) Ebenso Sonanini, S. 24.

[2]) Ebenso Sonanini, S. 48; Oppenhoff, § 49a, 10a.

Nach den vorangegangenen Erörterungen der ganzen Arbeit kann die Antwort auf die Frage der Normwidrigkeit der extranen Teilnahme nicht anders als bejahend ausfallen.

II. Aus der Fülle der Normen läßt sich der Grundsatz entwickeln: Du sollst keine strafbare Handlung begehen, weder als Täter, noch als Teilnehmer. Grundsätzlich ist jeder Deliktsfähige gebunden, wenn nicht als Täter, so doch stets wenigstens als Teilnehmer. Dies entspricht dem Stande unserer Rechtskultur. Nur auf diese umfassende Weise glaubt das moderne Strafrecht das ihm gesteckte Ziel wirksamen Rechtsschutzes erreichen zu können. Es ist nicht einzusehen, weshalb dieser Grundsatz für die extrane Teilnahme am Sonderdelikt, darunter auch dem rein militärischen Delikt, durchbrochen werden solle. Die allgemeinen Erwägungen, die im Laufe der Entwicklung zur Poenalisierung der Anstiftung und Beihilfe, über die Täterschaft hinaus, geführt haben, sind auch hier gegeben. Niemand wird ernstlich leugnen können, daß die Anstiftung und Beihilfe zur Begehung eines rein militärischen Deliktes in unserer mit militärischer Kultur durchsetzten Zeit[1]) auch bei Zivilpersonen richtigem äußerem Verhalten widerspricht, d. h. rechtlich beachtlich ist. Was heißt aber dies bei dem Vorliegen aller übrigen Deliktsmerkmale anders, als daß sie rechts- und damit normwidrig ist! Wer bei der Erörterung rechtlicher Dinge etwas auf sein eigenes Rechtsbewußtsein und das seiner Mitmenschen gibt, wird bei der Untersuchung der Normwidrigkeit extraner Teilnahme am Sonderdelikt in grundsätzlicher Beziehung die Vorstellung nicht los werden, daß er offene Türen einrenne.

Dazu kommt folgendes. Wie sich bei der Regelung der dem Mstgb. unterworfenen Personen zeigt, steht das Mstgb., soweit nicht wie in § 153 Mstgb. andersartige Erwägungen vorliegen, in unverkennbarer Deutlichkeit von doktrinären Deduktionen[2]) absehend auf dem durchaus praktischen Standpunkt, daß jeder,

---

[1]) Darauf macht von Bar, S. 659, Anm. 114, mit Recht aufmerksam.

[2]) Dieser Vorwurf kann den Ausführungen Redslobs, S. 49, nicht erspart werden.

der ein militärisches Verbrechen tatsächlich begehen kann, auch normwidrig handle. Diesen Gedanken wird man für die Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten nicht unberechtigt verwerten dürfen, indem man sich die Erörterungen über das Verhältnis von Heer und Volk und Militärstrafrecht und gemeinem Strafrecht vergegenwärtigt.

Die Einwendungen, die man gegen die Normwidrigkeit der Teilnahme von Zivilpersonen gemacht hat, sind nicht stichhaltig.

Dies gilt namentlich von der Behauptung[1]), daß sich das militärische Delikt nicht gegen ein allgemeines Rechtsgut, sondern lediglich gegen eine persönliche Beziehung, die Dienstpflicht, richte, und daß deshalb eine Zivilperson nicht Teilnehmerin sein könne, da sie die persönliche Beziehung, die ihr nicht obliege, auch nicht verletzen könne; denn diese Deduktion ist nicht schlüssig. Es ist zwar richtig, daß nur der die Dienstpflicht verletzen kann, dem sie obliegt, es ist aber unrichtig, daraus die Unmöglichkeit extraner Teilnahme zu folgern. Die Konstruktion des militärischen Deliktes als Verletzung der Dienstpflicht kann nur dahin verstanden werden, daß die Militärperson kraft der Dienstpflicht gehalten ist, die den Deliktstatbestand erfüllende Handlung nicht zu tun oder zu tun. Die Dienstpflicht stellt aber diese Forderung, weil sonst ein objektiver Schaden eintritt oder zu befürchten ist, mit andern Worten, weil ein Rechtsgut, oder, wie Kohler mit Recht gesagt hat,[2]) wesentliche Interessen der Menschheit verletzt werden. Daraus ergibt sich, daß neben der Dienstpflicht immer noch ein anderes spezielles Rechtsgut verletzt wird, ebenso wie im gemeinen Strafrecht bei jedem Delikt ein spezielles Rechtsgut und die aus der Rechtsordnung erfließende Gehorsamspflicht verletzt wird.[3]) Daß aber bei dem militärischen Delikt außer der Dienstpflicht tatsächlich immer ein objektives Rechtsgut verletzt wird, ergibt sich bei den sogenannten qualifiziert militärischen

---

[1]) Vgl. Responsa, Ib und IIb, 1.

[2]) Studien, I, S. 135.

[3]) So mit Recht Hirschberg, S. 72. Dadurch erledigt sich der Einwand Naglers, S. 23, gegen die Dienstpflicht als ein zu unbestimmtes Angriffsobjekt.

Delikten aus ihrem Begriff, bei den rein militärischen Delikten aber aus einer Betrachtung des Gesetzes im Vergleich mit ähnlichen Tatbeständen aus dem gemeinen Strafrecht, wo man unbedenklich annimmt, daß sich jedes Delikt gegen ein objektives Rechtsgut wendet. Schließlich aber kommt noch in Betracht, daß sich alle militärischen Delikte, die qualifizierten wie die reinen, unbestreitbar gegen das eine große Gesamtrechtsgut, die militärische Disziplin wenden, an deren Objektivität billig kein Zweifel sein kann. Enthält aber das rein militärische Delikt formell eine Dienstpflichtverletzung, materiell eine Disziplingefährdung, so kann zwar kein Zweifel sein, daß eine Zivilperson ein (rein) militärisches Delikt nicht begehen kann, weder als Täter noch als Teilnehmer; nicht aber folgt daraus, daß ihre Teilnahme an dem rein militärischen Delikte einer Militärperson rechtlich unbeachtlich ist. Denn die militärische Disziplin ist ein ebensolches Rechtsgut für die Allgemeinheit,[1]) wie die Disziplin andrer Sonderkörper und des Staates selbst. Eine Unterscheidung in allgemeine und besondere Rechtsgüter, sofern sie darauf hinaus will, daß nur jene für die Allgemeinheit bestehen,[2]) ist verfehlt. Wer heutzutage im Zeitalter der allgemeinen Wehrpflicht behauptet, die Rechtsgüter des Heeres seien für die Allgemeinheit keine Rechtsgüter, mit dem ist nicht zu rechten. So sind die Einwendungen von den Objekten der militärischen Delikte her unbegründet. Ihr Wert besteht jedoch darin, daß sie zu einer tieferen Untersuchung Anlaß gegeben haben, die dahin führt, daß man klar erkennt: Die Teilnahme von Zivilpersonen an (rein) militärischen Delikten kann für diese niemals militärisches Delikt sein.[3]) Sie bleibt gemeines Delikt, da nicht die Dienstpflicht, sondern die allgemein aus der Rechtsordnung entspringende Gehorsamspflicht zur Beobachtung der Norm verpflichtet.

---

[1]) Vgl. hierzu die trefflichen Bemerkungen M. E. Mayers Militärstrafrecht, S. 10.

[2]) A. A. Kohler, Studien, S. 139, der auf diese Unterscheidung großes Gewicht legt.

[3]) Dagegen Schlayer, Gerichtsbarkeit, S. 37.

Unzutreffend in ihrer Allgemeinheit ist auch die andre oft gehörte Einwendung,[1]) daß es der kriminalistischen Logik widerstrebe, die Verleitung zu einer Handlung, die der Verleiter, wenn er sie selbst ausgeführt hätte, nicht zu verantworten hätte, mit Strafe zu bedrohen. Diese Argumentation trifft auf das Sonderdelikt zum größten Teil nicht zu. Es ist nicht einzusehen, wie eine Zivilperson — von einigen Ausnahmen abgesehen — ein rein militärisches Delikt als Täterin ausführen sollte, und wie sie straflos bleiben sollte, wenn sie es tatsächlich einmal, nämlich als Quasimilitärperson, ausführen kann. Wo aber die Voraussetzungen dieser Argumentation zutreffen, wie bei dem durch Gesetz subjektiv eingeschränkten Gemeinverbrechen, da werden ihre Schlußfolgerungen nicht gezogen. Ein Militärbeamter kann im Frieden ebenso desertieren wie im Felde. Trotzdem bleibt er im Frieden nach § 153 Mstgb. straflos. Niemand wird vermutlich daraus den Schluß ziehen, daß seine Bestrafung als Teilnehmer ungerechtfertigt sei. Das gleiche ist bei § 181 a Stgb. und ähnlichen Tatbeständen der Fall.

III. Kann somit an der grundsätzlichen Normwidrigkeit der extranen Teilnahme am rein militärischen Delikt kein Zweifel sein, so ergibt sich jetzt die Aufgabe ihrer Durchführung im einzelnen. Es bedarf nach den Erörterungen der Lehre von der Teilnahme keiner besonderen Hervorhebung mehr, daß die Zivilperson niemals Täter eines militärischen Deliktes sein kann, selbst wenn sie die den objektiven Tatbestand ausmachende Handlung vorzunehmen imstande ist, da es ihr an der Täterschuld gebricht; dazu kommt, daß ihre Handlung dem Begriff des militärischen Deliktes nicht entspricht, da das Moment der Verletzung der Dienstpflicht oder wenigstens der Quasidienstpflicht fehlt. Sie bleibt also auch in diesem Falle Gehilfin der mit oder ohne Schuld handelnden täterschaftstauglichen Militärperson. Jedoch ist in dem Falle, wo die Zivilperson den objektiven Tatbestand des rein militärischen Deliktes ausfüllen kann und ausfüllt, stets sorgfältig zu prüfen, ob das Handeln der Zivilperson auch normwidrig sei. Eine genaue Durchsicht der rein militärischen

[1]) Merkwürdigerweise auch M. E. Mayer, V.D. II, 1, S. 430.

Delikte des Mstgb. ergibt, daß eine Zivilperson die Tatbestände folgender Delikte (§§ 60, 77, 104, 101, 102, 119, 135, 137 [preisgeben], 139 [weiterbefördern]), soweit die objektive Seite in Betracht kommt, völlig selbständig erfüllen kann. Tut sie das, so handelt sie nicht normwidrig. Das Strafrecht hat kein Interesse an ihrem selbständigen Handeln oder Unterlassen. Dies ist bei den §§ 60, 77, 104 Mstgb. ohne nähere Begründung als berechtigt einzusehen. Es besteht keine Veranlassung, den Zivilpersonen ein derartiges Interesse für das militärische Strafrecht, wie es die Anzeigepflicht in sich schließt, aufzubürden. Daraus ergibt sich, daß die Zivilperson auch dann nicht normwidrig handelt, wenn sie etwa nach Rücksprache oder auf Veranlassung einer Militärperson die Anzeige unterläßt, sondern daß die Normwidrigkeit erst beginnt, wenn sie die Militärperson vorsätzlich und mit dem Bewußtsein der eignen und fremden Pflichtwidrigkeit[1]) veranlaßt, die Anzeige nicht zu erstatten; denn erst jetzt macht sie sich eines Angriffes auf die Disziplin schuldig.

Was aber bei den Unterlassungsdelikten von selbst einleuchtet, muß auch unter den schwierigeren Verhältnissen der Begehungsdelikte gelten.

Auch in den Fällen der §§ 101, 102, 119, 135, 137, 139 Mstgb. handelt die Zivilperson nur dann normwidrig, wenn sie durch ihre Anstiftung und Beihilfe die militärische Disziplin in der Weise verletzt, daß sie eine Militärperson zur Nichterfüllung einer Pflicht verleitet oder ihr dabei behilflich ist. Kommt ihr bei der Erfüllung des objektiven Tatbestandes nicht zum Bewußtsein, daß sie dadurch einer Militärperson zu einer Pflichtwidrigkeit behilflich ist, so handelt sie nicht normwidrig. Ihre Tätigkeit kann in diesem Falle nicht anders beurteilt werden, als wenn sie sie ganz selbständig und aus eigenem Antriebe vornehme. Andernfalls gelangt man zu einer Teilnahme an fremder Schuld.

So ist die große Zahl der Fälle im Strafrecht, wo die Willensrichtung über die rechtliche Bedeutung einer objektiven Tätigkeit entscheidet, in beachtenswerter Weise erweitert.

---

[1]) Vgl. Graf zu Dohna in G.S. 65, S. 316.

Es liegt jedoch in der Natur der Sache, daß die Frage nach der Willensrichtung nicht allzu häufig praktisch werden wird. Regelmäßig steht zu erwarten, daß nicht die Zivil-, sondern die Militärperson, die den Tatbestand ausfüllende Handlung vornimmt, und daß der Zivilperson auch rein tatsächlich nur eine Gehilfenrolle bleibt. Da die Zivilperson niemals Täterschuld hat, gebührt ihr weder bei der Beihilfe, noch bei der Anstiftung die Täterstrafe. Aber nicht nur qualitativ, sondern auch quantitativ ist ihre Schuld geringer als die der Militärperson. Dem müßte die Strafe Rechnung tragen.[1]) Dies könnte dahin führen, daß man einige mit besonders geringer Strafe bedrohte militärische Delikte für beteiligte Zivilpersonen zweckmäßig ganz straflos ließe.

Vergleicht man hiermit die grundsätzliche Konstruktion der Teilnahme der Zivilpersonen an den qualifiziert militärischen Delikten, so ergibt sich völlige Übereinstimmung. Die Bezeichnung des rein militärischen Deliktes als eines Sonderdeliktes ist nur ein Hilfsmittel. Im Endergebnis besteht kein Unterschied zwischen den qualifiziert und den rein militärischen Delikten, auch nicht in Ansehung der Teilnahme von Zivilpersonen.

3. Ihre Strafbarkeit.

I. Mit den §§ 90, 3, 112 und 141 Stgb. sind Fälle zivilistischer Teilnahme am rein militärischen Delikt unter Strafe gestellt. Die Strafbarkeit der Teilnahme an den übrigen rein militärischen Delikten ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Da beide Gesetzbücher eine ausdrückliche Bestimmung vermissen lassen, herrscht lebhafter Streit. Wie man sich auch entscheiden mag, niemand wird verkennen, daß sein Standpunkt großen Zweifeln und Bedenken ausgesetzt ist. So liegt die wissenschaftliche Bedeutung der Erörterung der Strafbarkeit zivilistischer Teilnahme am rein militärischen Delikt vorzüglich auf dem Gebiete der Lehre von der Auslegung der Gesetze im allgemeinen.

Die Strafbarkeit der extranen Teilnahme am rein militärischen Delikt hängt zunächst von der Existenz einer Strafdrohung ab. Fr. Koppmann hat es ausdrücklich betont, daß sich seine Bedenken

[1]) Ebenso Nagler, S. 99 und Binding, Lehrbuch, II, 2, S. 414.

gegen die Strafbarkeit „wesentlich auf die Behauptung“ gründen, „daß es an einer gesetzlichen Strafandrohung fehlt“ (S. 31). Ja, dieser Gedanke gewinnt bei ihm derartig die Oberhand, daß er, der auf Seite 12 für die völlige gesetzliche Selbständigkeit der Amtsverbrechen nach dänischem Vorbild eingetreten war und die Unmöglichkeit der extranen Teilnahme an ihnen zu erweisen gesucht hatte, dies jetzt völlig zurückstellt, indem er einen scharfen Gegensatz nicht zwischen gemeinen und Sonderverbrechen, sondern zwischen „bürgerlichen und militärischen Delikten“ statuiert. Auf diese Weise isoliert er das militärische Verbrechen von allen ähnlichen Erscheinungen. Erst nachdem er hierdurch die Straflosigkeit zivilistischer Teilnahme bewiesen hat, nimmt er stillschweigend auch beim Amtsverbrechen seine alte Ansicht wieder auf. (S. 59, 63.)

Dieses Verfahren richtet sich selbst. Hauptbeweismaterial sind sowohl bei ihm als bei vielen anderen, die sich zu der Frage der Strafbarkeit zivilistischer Teilnahme am rein militärischen Delikt geäußert haben, die Entstehungsgeschichte des Mstgb. und teilweise auch die des Stgb., insbesondere aber die Motive. Diese Methode kann mitunter zu brauchbaren Aufschlüssen über den Sinn und die Tragweite einer gesetzlichen Bestimmung führen, sofern sie mit juristischem Verständnis gehandhabt und nicht übersehen wird, daß sie nur ein, nicht aber das einzige Mittel der Auslegungskunst ist. Da aber diese Voraussetzungen bei den Anhängern dieser Methode in der Regel nicht vorliegen, führt sie nur selten zum guten Ziele, dafür aber um so öfter auf Abwege bedenklichster Öde und Gedankenarmut. Denn mit Recht sagt Binding:

„Wie selten ist der Gesetzgeber in der Lage, sich über den Sinn und die Tragweite der einzelnen Bestimmungen und des ganzen Gesetzes eine ausgesponnene Ansicht und demgemäß einen detaillierten Gesetzgeberwillen zu bilden. . . . Sein weiser Wille geht dahin, daß dadurch Recht werde, was sich an brauchbaren Lebensregeln durch Nach- und Ausdenken der im Gesetz niedergelegten Gedanken jetzt und künftig gewinnen lasse. Durch diese Beschränkung allein vermeidet er den für ihn unglücklich endenden Konflikt zwischen seinem Individualwillen und der Macht des

objektiven Rechts. Denn dieser ist das neue Gesetz preisgegeben. Mit unwiderstehlich einigender Gewalt zwingt sie dasselbe, mit dem bestehenden Rechte eins zu werden, zwingt sie es, die Schicksale dieses Rechts zu teilen, insbesondere vielleicht trotz unveränderter Fassung seinen Inhalt zu ändern, weil dieser von anderen Rechtssätzen abhängt, die sich gewandelt haben." (Handbuch S. 455).

Diejenigen, welche die Normwidrigkeit der zivilistischen Teilnahme bejahen, streiten sich darüber, wo die dazu gehörige Strafdrohung de lege ferenda hingehöre, in das Mstgb. oder in das Stgb.[1]) Für den, der die Teilnahme der Zivilpersonen für diese als gemeines Delikt ansieht, kann die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. Die Strafdrohung gehört, wie schon die §§ 90, 3, 112 und 141 Stgb. zeigen, in das Stgb. Aber selbst der, der den Obersatz nicht anerkennt, wird, wenn er die technischen Schwierigkeiten überschlägt, davon Abstand nehmen, die Strafdrohung dem Mstgb. zu überweisen.

De lege lata ist ein derartiger Streit unmöglich. Die Strafdrohung kann, wenn sie überhaupt vorhanden ist, nur in dem Stgb. enthalten sein. Das Mstgb. kommt nicht in Betracht. Wie Fr. Koppmann (S. 40 ff.) mit Recht ausgeführt hat, ist die Heckersche Auslegung des § 2 Mstgb. unrichtig. Weder ist bei § 2 von einer „geradezu auffallenden Allgemeinheit der Fassung" und von einer „eigentümlichen Stellung im Gesetz" etwas zu spüren, noch vermag die überflüssige Konstruktion, daß sich der Gesetzgeber, weil er den preußischen Zustand nicht ausdrücklich nachgeahmt, deshalb für den gegenteiligen bayrischen entschieden habe, wegen ihrer offenbaren Gekünsteltheit einen überzeugenden Beweis darzustellen. Die einzige Bedeutung des § 2 ist die, entbehrliche Wiederholungen aus dem Stgb. zu vermeiden. Das hat Hecker von Grund auf verkannt.

So bleibt nur zu prüfen, ob die allgemeinen Bestimmungen des Stgb. über die Teilnahme auch als Strafdrohung für die Teilnahme an militärischen Delikten aufgefaßt werden dürfen.

---

[1]) Fr. Koppmann, S. 36, gegen M. E. Mayer, S. 104. Zutreffend Heimberger, V.D. II, 2, S. 464.

Daß der Wortlaut dagegen spräche, hat noch niemand behaupten können, wohl aber hat man sachliche Bedenken vorgebracht. So leitet Koppmann nach dem Vorbilde Heckers und Sonaninis aus der akzessorischen Natur der Teilnahme „als feststehend“ ab, „daß die Tat nur eine solche sein kann, welche das bürgerliche Strafgesetzbuch bezw. eines seiner Nebengesetze bürgerlichen Inhalts mit Strafe bedroht“ (S. 35). Dasselbe behauptet er für die Begünstigung (S. 33), nicht aber für § 49 a Stgb. (S. 63). Hierin zeigt sich sehr deutlich, wie mangelhaft die Grundlagen der Fr. Koppmannschen Schlußfolgerungen sind. Wenn er zugibt, daß unter dem Verbrechen des § 49 a Stgb. auch ein rein militärisches verstanden werden kann, dann muß er das gleiche mindestens auch für die Begünstigung annehmen. Dazu kommt, daß die Ausdehnung des § 49 a auf militärische Delikte grundsätzlich denselben Bedenken unterliegt wie die Normwidrigkeit und Strafbarkeit der extranen Anstiftung, denn die Aufforderung des § 49 a ist ihrem Wesen nach eine Unterart der Anstiftung. Dagegen unterliegt die Begünstigung all diesen Bedenken nicht. Ihr Wesen besteht in der Vereitelung eines staatlichen Strafanspruchs. Hierfür aber ist es unerheblich, ob der Strafanspruch aus einem gemeinen oder militärischen Delikt stammt.[1])

So kann Fr. Koppmann der Vorwurf der Willkür nicht erspart werden.

Das gleiche gilt jedoch auch von der an und für sich richtigen Behauptung M. E. Mayers,[2]) es verstehe sich von selbst, daß der Schuldige dem Gesetzbuche unterliegen müsse, aus dem heraus er bestraft werden solle. Denn ob dies auch bei Sondergesetzen wie dem Mstgb. der Fall sein müsse, bedarf doch sehr der Prüfung. Daß aber der von M. E. Mayer abgelehnte Standpunkt nicht so gar außer der Welt liegt, beweisen der § 222 des österreichischen Stgb. von 1851, sowie die §§ 66—69 des sächsischen Stgb. von 1855. Wenn ferner Mayer (S. 104) darauf hinweist, daß

---

[1]) Für die Strafbarkeit der Begünstigung gegenüber rein militärischen Delikten auch Heimberger V.D. II, 2, S. 468.

[2]) Militärstrafrecht, S. 103.

das Mstgb. sein persönliches Herrschaftsgebiet selbständig bestimme, so ist das richtig und hat seine guten Gründe, ob aber damit die gemeinrechtliche Norm: „Wer an der strafbaren Handlung eines anderen teilnimmt, ist strafbar“ beträchtlich modifiziert werde, wie Mayer behauptet, ist zweifelhaft; denn Mayer erklärt (S. 41) selbst, daß gerade die Frage des personellen Geltungsbereichs von dem Mstgb. nicht mit der erforderlichen Einheitlichkeit und Vollständigkeit behandelt worden sei, und darin hat er Recht.

Aber wie dem auch sei, entscheidende Bedeutung möchte ich der Regelung des personellen Geltungsbereichs des Mstgb. für die Strafbarkeit der zivilistischen Teilnahme schon deshalb nicht beilegen, als diese Regelung ganz unverkennbar nur die Täterschaft im Auge hat. Es findet sich keine bestimmte Auskunft im Gesetz, wie es mit der Teilnahme der Militärbeamten im Frieden zu halten sei; nur im Wege längerer Überlegung gelangt man aus § 153 Mstgb. zu einer Antwort. Wie kann man da auf die Strafbarkeit zivilistischer Teilnahme Rückschlüsse machen!

In ähnlicher Weise erledigen sich auch einige andere Argumente, wo offensichtlich nicht an die Teilnahme, sondern an die Täterschaft zu denken ist. Dies ist der Fall, wenn Cl. v. Koppmann und seine Anhänger Friedrich Koppmann und Sonanini auf § 6 Mstgb. und die Überschrift des dritten Titels des zweiten Abschnitts des Mstgb. verweisen.[1] Ganz besonders aber zeigt sich dies an zwei weiteren Deduktionen Friedrich Koppmanns. Im Anschluß an die eben besprochenen Bestimmungen des Mstgb. verweist er auf die analoge Regelung in der ausländischen Gesetzgebung (S. 43). Behält man im Auge, daß dies alles nur den Zweck hat, die Straflosigkeit extraner Teilnahme zu erweisen, so fällt es in hohem Grade auf, daß er sich hier auch auf Österreich (Mstgb. Art. III des Patentes vom 15. I. 1855) bezieht. Denn wie sich aus der Zusammenstellung auf S. 36 ergibt, war ihm der die zivilistische Teilnahme unter Strafe stellende § 222 des österreichischen Stgb. von 1851 bekannt. Dieses Versehen erklärt sich nur daraus, daß Koppmann im Eifer die Teilnahme mit der

[1]) Mstgb., S. 159.

Täterschaft verwechselt hat. Dies wiederholt sich noch ein zweites Mal. Der Entwurf unseres Stgb. hatte in Anlehnung an das preußische Stgb. § 112 einen Artikel 140, der die Unterlassung der Anzeige von einer noch zu verhütenden Fahnenflucht unter Strafe stellte. Dieser Artikel wurde im Reichstage gestrichen und erschien dann später im Mstgb. als § 77. Koppmann folgert hieraus: „. . . . so kann man doch sicher behaupten, daß der Gesetzgeber die Personen, die er im bürgerlichen Stgb. straflos ausgehen lassen wollte, nicht plötzlich durch das Mstgb. treffen wollte.“ (S. 38, Anm. 3.) Dies ist jedoch nur teilweise richtig. Sieht denn Fr. Koppmann gar nicht, daß die Unterlassung der Anzeige für Zivilpersonen nach wie vor straflos bleibt, und daß nur die Aufforderung dazu gegenüber einer Militärperson strafbar wird! Ist aber nicht dazwischen ein fundamentaler Unterschied, und ist es nicht vom logischen und praktischen Standpunkte aus gleich verständlich, wenn man den Zivilpersonen einerseits die Pflicht zur Anzeige erspart, andrerseits aber verbietet, einen andern, dem diese Pflicht obliegt, zum Ungehorsam zu verleiten?

Letztens — und das ist für alle, die mit dem Willen des Gesetzgebers operieren, das Entscheidende — beruft man sich darauf, daß zur Zeit des Erlasses des Stgb. in dem größten Teile Deutschlands das preußische Mstgb. von 1845, das seine Anwendung auf Zivilperson in § 1 Teil I ausdrücklich ablehnte, galt, so daß demnach die Ausdehnung der Teilnahmeparagraphen auf die militärischen Delikte vom Gesetzgeber nicht gewollt sein könne.[1]) Darauf ist in Anwendung der eingangs zitierten Worte Bindings folgendes zu erwidern: die §§ 48 und 49 Stgb. sind eine rein formale Abstraktion aus der Fülle aller Normen und Strafgesetze. Wo immer eine Norm unter Strafe gestellt ist, abstrahieren die §§ 48 und 49 Stgb. daraus die Bestrafung des Anstifters und Gehilfen. Eine inhaltliche Beschränkung ist in den §§ 48 und 49 nicht erkennbar und nicht gewollt. Wer dies behauptet, tut ihrem formalen Charakter und Wortlaut Zwang an und hat im Einzelfall die Beweislast. Denn daß sich aus

[1]) v. Koppmann, Mstgb., S. 161 und Fr. Koppmann, S. 34.

dem Einzelfall eine inhaltliche Beschränkung oder gar Ausschließung der §§ 48 und 49 ergeben kann, ist nicht zu bestreiten und leicht zu beweisen. Eine mechanische Anwendung der §§ 48 und 49 Stgb. bei § 120 Stgb. würde dahin führen, den anstiftenden oder bei seiner Befreiung durch dritte helfenden Gefangenen wegen Teilnahme an § 120 Stgb. zu bestrafen. Derartige Fälle ließen sich nicht unschwer vermehren. Was sich aber hier durch die Logik verbietet, kann, wie § 143 Abs. 2 Stgb. zeigt, auch durch Gesetz angeordnet sein. So ergibt sich der Satz: die Teilnahmeparagraphen finden nur insoweit Anwendung, als sich aus dem Einzelfall nichts besonderes ergibt. Dies ist auch auf die Teilnahme von Zivilpersonen an militärischen Delikten anzuwenden. Derjenige, welcher die zivilistische Teilnahme für normwidrig hält, kann ohne Sorge in den §§ 48 und 49 Stgb. ihre aus der Fülle der Strafgesetze des Mstgb. für Zivilpersonen abstrahierte Strafdrohung erblicken. Diese Strafdrohung war jedoch unwirksam, insoweit und solange das preußische Mstgb. etwas Gegenteiliges anordnete. Sie hat aber ihre volle Wirksamkeit erlangt, nachdem diese positive Einschränkung weggefallen ist. Denn nach dem Grundsatz, daß Ausnahmen nur soweit gelten, als sie ausdrücklich gemacht sind, muß man das Schweigen des deutschen Mstgb. als Beseitigung dieser preußisch-rechtlichen Ausnahme auffassen. Ob sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des Stgb. über die Subsidiarität der Teilnehmerparagraphen und ihren wechselnden Inhalt, insbesondere im Hinblick auf das Militärstrafrecht im Klaren gewesen ist oder nicht, ist füglich ganz unerheblich. Wollte man es darauf abstellen, so würde man bei jeder Veränderung oder Erweiterung des besonderen Teils in Schwierigkeiten geraten. Dann könnte stets ein Kluger kommen und sagen: In dieser Form oder an diesem Delikt ist die Teilnahme seinerzeit nicht gewollt worden. Zum besonderen Teil unseres Strafrechts gehören aber die militärischen Delikte ebenso wie die gemeinen.

Gegen die Bestrafung der zivilistischen Teilnahme hat man ferner einerseits den § 50 Stgb., andrerseits die §§ 112, 141 bis 143 Stgb. ins Feld geführt. Beides ist ungerechtfertigt.

Die §§ 112, 141—143 Stgb. verwendet man in doppelter Beziehung. Einmal beruft man sich darauf, daß sie zwar freilich

nicht alle Fälle extraner Teilnahme deckten, aber trotzdem den Bedürfnissen der Strafrechtspflege genügten; sodann, daß sie in dem entgegengesetzten Falle überflüssig wären.[1])

Zunächst erscheint es überhaupt bedenklich, bei der Auslegung eines Strafgesetzbuches kriminalpolitische Erwägungen walten zu lassen. Das ist nicht Sache des rechtsanwendenden Juristen. Im Zivilrecht, dessen Auslegungstheorie ohne Frage auf einer höheren Stufe steht, wird man auch entsprechende Räsonnements kaum finden. Dazu kommt, daß man gegen die Richtigkeit dieser kriminalpolitischen Erwägungen begründete Zweifel hegen kann.[2]) Nicht anders steht es mit dem Argument der etwaigen Überflüssigkeit dieser Delikte. Auch ihm fehlt die grundsätzliche und sachliche Richtigkeit. Denn wie Heilborn (S. 84) mit Recht bemerkt, finden, da der Gesetzgeber nicht um jeden Preis konsequent sein will, mitunter auch überflüssige Bestimmungen aus praktischen Gründen im Gesetz Aufnahme oder bleiben, so kann man hinzufügen, auch wenn sie später überflüssig geworden sind, im Gesetz stehen. So sind im Mstgb. die §§ 56 und 99 Abs. 1 von vornherein überflüssig gewesen; so ist § 166, Abs. 1 Mstgb. durch die §§ 37, 38 der Marineordnung vom 12. November 1894 überflüssig geworden. Beispiele dieser Art würden sich bei einigem Nachsuchen ohne Schwierigkeit häufen lassen. So wäre es nicht unmöglich, daß auch die erwähnten Delikte mit der Einführung des Mstgb. diesem Schicksal verfallen wären, nachdem sie vorher unter der Herrschaft des preußischen Mstgb. notwendig gewesen waren. Allein dies ist durchaus nicht der Fall. § 112 Stgb. ist mit der Anstiftung zu dem Ungehorsam des § 92 Mstgb. nicht identisch. Sein Anwendungsgebiet ist weiter: Es umfaßt die erfolglose Aufforderung ebenso wie die Anstiftung zu nur disziplinar zu bestrafendem Ungehorsam. Sein Anwendungsgebiet ist aber auch enger: Es begreift nur die Personen des Soldatenstandes, nicht aber die Militärbeamten. Täter des Ungehorsams gemäß § 92 Mstgb. können aber unter der Voraussetzung des § 153 Mstgb. auch letztere sein. Endlich kommt

[1]) Responsa, II b, 1.

[2]) Interessant die kriminalpolitischen Erwägungen der zuständigen Stelle, Sten. Ber., 9. Lg., 3. Session, 1894/95, 1. Anlageband, S. 227.

in Betracht, daß auch die Militärpersonen, trotzdem ihre Teilnahme keinem Zweifel ausgesetzt ist, in § 99 Abs. 1 und 2 Mstgb. einem § 112 Stgb. entsprechenden Tatbestande unterliegen.

Daß auch der § 141 Stgb. von der Strafbarkeit extraner Teilnahme nicht berührt wird, ist unschwer einzusehen. Ganz abgesehen davon, daß er in seinem ersten Satze das ganz selbstständige Verbrechen der Falschwerbung enthält, ist er solange notwendig, als man auf die Bestrafung des Versuches der Verleitung und Beförderung der Fahnenflucht nicht verzichten will. Im übrigen ist auch hier auf den entsprechenden Tatbestand des Mstgb., nämlich § 78, sowie auf die beachtenswerte Tatsache zu verweisen, daß der von der dazu eingesetzten Sachverständigen-Kommission ausgearbeitete Entwurf des neuen Strafgesetzbuchs in § 150 den § 141 des Stgb. sachlich unverändert aufgenommen hat, obwohl er in der Begründung dazu ausdrücklich betont, daß die Anstiftung und Beihilfe zur Fahnenflucht auch ohne § 150 schon nach allgemeinen Grundsätzen strafbar seien (S. 506).

Daß aber die §§ 142 und 143 Stgb. mit der Teilnahme an rein militärischen Delikten nichts zu tun haben, bedarf füglich keiner Erörterung, handelt es sich doch hier in erster Linie überhaupt nicht um Teilnahme.

Weniger leicht ist der zweite Einwand, aus § 50 Stgb., zu nehmen.[1]) Rein für sich betrachtet, läßt § 50 Stgb. eine zweifache Auslegung zu, je nachdem man ihn als Grundsatz oder als Ausnahmevorschrift auffaßt. Erblickt man in ihm eine im Ausdruck zwar einseitige und wenig geschickte, in der Sache aber grundsätzliche und erschöpfende Regelung der Lehre von dem Einfluß persönlicher Eigenschaften und Beziehungen, so kann man gegen die Deduktionen der Gegner nichts einwenden, die Straflosigkeit der extranen Teilnahme am Sonderverbrechen ist die unausweichliche Folge. Es wäre von diesem Standpunkte aus widersinnig, wollte man bei der Teilnahme der Zivilpersonen an den qualifiziert militärischen Delikten jedes militärische Moment streng ausscheiden und nur den gemeinrechtlichen Maßstab gelten lassen, bei der Teilnahme an den rein militärischen Delikten

---

[1]) Vgl. Finger, S. 364.

aber das umgekehrte annehmen. Anders liegen die Verhältnisse, wenn man in § 50 keinen Grundsatz, sondern eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem in den §§ 48 und 49 Stgb. für die Bestrafung der Teilnahme aufgestellten Grundsatz erblickt. Dann erhält § 50 Stgb. gemäß der Auslegungsregel, daß Ausnahmen stricte zu interpretieren sind, eine eng begrenzte Bedeutung und jeder erweiternde Schluß ist unzulässig. Dies führt dahin, daß jede Art von Teilnahme, bei der es sich nicht um strafändernde Tatumstände handelt, also auch die Teilnahme der Extranei am Sonderverbrechen, nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 48 und 49 Stgb. zu bestrafen ist. Daß diese Auslegung zu weniger konsequenten Ergebnissen führt als die andre, liegt auf der Hand und ist rückhaltlos zuzugeben. Gleichwohl erscheint sie allein gerechtfertigt. Daß sie dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat, ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung und der Entstehungsgeschichte des § 50 zum Überfluß.[1]) Jedoch ist dies ganz unerheblich. Das Gesetz kann klüger sein als der Gesetzgeber. Entscheidend ist, daß allein diese Auslegung dem System der Lehre von der Teilnahme, wie es das Stgb. aufstellt, gerecht wird. Die Schuld des Täters ist Strafbarkeitsbedingung für den Teilnehmer. Die Strafe des Teilnehmers wird aus der des Täters abgeleitet, ebenso wie die Strafdrohung der Teilnahme aus den Strafgesetzen der Täterschaft abstrahiert ist. Eine Ausnahme hiervon bedarf besonderer Bestimmung. Dies ist in § 50 Stgb. für die strafändernden Tatumstände geschehen. Für die strafbegründenden Umstände bleibt es mangels einer Bestimmung bei dem Grundsatz. Dies hat zur Folge, daß die anstiftende Zivilperson gemäß § 48 Stgb. mit der vollen Täterstrafe, die Beihilfe leistende Zivilperson gemäß § 49 mit der vollen Gehilfenstrafe bestraft wird, eine Strafermäßigung findet nicht statt. Dies ist ungerecht. Ebenso ungerecht aber ist, daß sie straflos bleibt, wenn der täterschaftstauglichen Militärperson die Schuld mangelt. Eine mittelbare oder Mittäterschaft ist in diesem Falle nicht konstruierbar, da der Zivilperson die Täterschuld fehlt.[2])

[1]) Vgl. hierzu Redslob, S. 6 und 7; Krug, S. 71.

[2]) Sehr bestritten. Vgl. die Übersicht bei v. Liszt, S. 219, Anm. 3.

II. Die Durchführung der in vorigem entwickelten Grundsätze ergibt im einzelnen folgendes:

Der Anstifter zu dem Delikt des § 60 Mstgb. erleidet die Strafe als Mittäter des versuchten oder vollendeten Kriegsverrates. Der Anstifter zu dem Kriegsverrat selbst konnte unter Anwendung des § 50 Stgb. nur wegen Landesverrates bestraft werden. Dies ist ein Unterschied, der das Leben kosten kann. Ebenfalls den Tod zur Folge hat die Anstiftung zu § 63 Mstgb. Bei der unerlaubten Entfernung fragt es sich, in welcher Weise die Straferhöhungsgründe der §§ 66 und 67 Mstgb. auf die anstiftende Zivilperson wirken. Die Straferhöhung kann der Zivilperson nur dann angerechnet werden, wenn sich ihr Vorsatz darauf bezog. Stiftet eine Zivilperson eine Militärperson an, den Urlaub um eine Nacht zu überschreiten, und bleibt die Militärperson länger weg, so trifft die Zivilperson die Strafe aus § 64, die Militärperson die aus § 66 oder 67.

Bei der Anstiftung zu § 68 ist Idealkonkurrenz mit § 112 Stgb. möglich.

Zwischen den §§ 70 ff. Mstgb., 48, 49 Stgb. und § 141 Stgb. dagegen ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen. Hier liegt Gesetzeskonkurrenz vor, § 141 geht vor. Dasselbe gilt für die §§ 73, Abs. 2 Mstgb., 48 Stgb. und § 90, 3 Stgb. Dies kann zu großen Ungleichmäßigkeiten in der Strafe führen.

Die zur Feigheit anstiftende Zivilperson verfällt gemäß § 84 Mstgb. 48 Stgb. der Todesstrafe. Die Teilnahme von Zivilpersonen an den §§ 89 und 90 Mstgb. macht eine Umwandlung der Arreststrafe notwendig.

Die Anstiftung zu § 92 Mstgb. kann in Idealkonkurrenz mit § 112 Stgb. treten. Bei Anwendung der §§ 93, 95 Mstgb. auf Zivilpersonen erhebt sich die Frage nach der Anrechnung der 5 Jahre übersteigenden Gefängnisstrafe. Bei § 144 Mstgb., 48 Stgb. ist wieder Idealkonkurrenz mit § 112 Stgb. möglich.

Bei der Teilnahme an den übrigen rein militärischen Delikten, den §§ 101, 102, 103, 104, 114—116, 117, 118, 119, 121, 128, 135, 137, 139—143, 146, 147, 149, 150—152, werden sich im wesentlichen annehmbare Ergebnisse herausstellen. Grundsätzliches ist dazu nicht zu bemerken.

Das Gesamturteil aber über die Bestrafung der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten kann nicht anders ausfallen wie bei ihrer Teilnahme an qualifiziert militärischen Delikten. Hier wie dort fehlt Maß und Ziel.

Dazu kommt die Schwierigkeit der Strafumwandlung bei der Arrest- und der 5 Jahre übersteigenden Gefängnisstrafe. Letzterer Punkt ist, soviel zu sehen ist, noch nirgends zur Erörterung gekommen. Über jenen hingegen besteht schon eine kleine Literatur. Nach meinem Dafürhalten kann über eine Zivilperson stets nur eine Gefängnisstrafe von höchstens 5 Jahren verhängt werden, auch wenn die Militärperson eine weit höhere Gefängnisstrafe trifft. Der Schwierigkeit entgeht man, wenn man statt der Gefängnisstrafe auf die mitangedrohte Festungshaft erkennt.

Weniger leicht erledigt sich die Frage der Arreststrafe. Da das Gesetz gar keine Anweisung gibt, hat man hieraus ein gewichtiges Argument gegen die Strafbarkeit zivilistischer Teilnahme abgeleitet.[1]) Allein dies kann nicht durchschlagen. Dieselbe Schwierigkeit begegnet auch innerhalb der Militärrechtspflege sobald Militärstrafrecht und gemeines Strafrecht zueinander in Beziehung treten. So hat Nagler (S. 117, Anm. 4) mit Recht auf § 15 Mstgb. aufmerksam gemacht, so ist ferner auf die Fälle der Ideal- und Realkonkurrenz von militärischen und gemeinen Delikten zu verweisen. Endlich wird die Umwandlung auch dann notwendig, wenn sich Zivilpersonen einer Begünstigung oder Aufforderung bezüglich militärischer Delikte schuldig machen, da die Strafe nach § 257 und § 111 Stgb. der Art und dem Maße nach keine schwerere als die auf die Handlung selbst angedrohte sein darf.

Bei der Umrechnung der Arreststrafe ist nicht zu übersehen, daß sich hier ein Rest echten, unmodernen Standesstrafrechtes erhalten hat, indem die Offiziere und in beschränkterem Maße auch die Unteroffiziere ein von Binding (Handbuch S. 114, 119) mit Recht scharf getadeltes Strafenprivileg genießen. Was schon

---

[1]) So M. E. Mayer, Militärstrafrecht, S. 104; Oppenhoff, Stgb., § 48, N. 4; vgl. auch M. E. Mayer, a. a. O., S. 53.

innerhalb der Armee nicht gerecht erscheint, wird das auch gegenüber der bürgerlichen Welt schwerlich sein können. Wer wollte behaupten, daß der Offizier, der Stubenarrest, und der gemeine Soldat, der für dieselbe Tat vielleicht strengen Arrest erhält, mit dem gleichen Maß gemessen würden! Wer wollte also verlangen, daß auch für die beteiligte Zivilperson immer trotz aller darauf gerichteten Bestrebungen das gerechte Maß zu erzielen sei! Fr. Koppmanns Vergleich des im Stubenarrest befindlichen Offiziers mit dem im Gefängnis schmachtenden Zivilisten (S. 54) ist deshalb ein Schlag ins Wasser.

Der Stubenarrest, der gelinde und mittlere Arrest, letztere, sofern sie als die für Unteroffiziere einzig zulässigen Arrestarten erscheinen, scheiden als unvergleichbar aus. Die Schwierigkeiten beginnen erst bei den für die Gemeinen geltenden Abstufungen, dem gelinden, mittleren und strengen Arrest. Durch die Unterschiede im Strafvollzug wird man sich nicht allzusehr bestimmen lassen dürfen; denn mit Recht macht Herbst (S. 62) darauf aufmerksam, daß sogar das Zuchthaus seiner Vollstreckung nach leichter sei als der strenge Arrest. Trotzdem wiegt die Zuchthausstrafe ohne Frage schwerer. Der Grund für die Abstufungen des Arrestes liegt in dem Wesen des Heeres, das strenge aber kurze Strafe benötigt. Ihrer Natur nach bleibt die Arreststrafe die unterste militärische Strafe. Man hat sie darum mit der untersten bürgerlichen Strafe, der Haft, mit der sie, von dem strengen Arrest abgesehen, in der Dauer und der Verjährungsfrist übereinstimmt, verglichen und schlägt die Haftstrafe als ihren einzigen Ersatz, vor.[1])

Hiergegen hat man aber mancherlei eingewendet.

Zunächst hat man gesagt, der Arrest sei der Ausläufer der militärischen Gefängnis- oder Festungshaftstrafe und deshalb der bürgerlichen Gefängnis- oder Festungshaftstrafe gleichzustellen.[2])

---

[1]) Vgl. Olshausen, I, 192; Nagler, S. 117; Binding, II, 2, S. 661; Weigel, S. 37; R.G.E., 15, S. 386, 402, 27, S. 160; Koppmann, Mstgb., S. 157; Beling, Z. 24, 255; Gerland, Krit. V., 3. Folge, Bd. 9, S. 453.

[2]) So zuerst Rubo, Textausgabe zum Mstgb., § 54, Anm. 2; Fr. Koppmann, S. 51; Weiffenbach, Enz., S. 424; Liebezeit, G.A. 56, S. 277.

Diese Ansicht haben wieder Herbst (S. 41, 67), Gerland, G.S. 63, S. 231 und R.M.G., Bd. III, S. 160, bekämpft, und zwar mit Recht. Schon die Verkürzung des strengen Arrestes streitet dagegen. Außerdem wird dabei übersehen, daß in dem hinaufgeschobenen Beginn der Gefängnis- und Festungshaftstrafe ein qualifiziertes Moment liegt.

Aber auch die von Hecker[1]) vorgetragene Lehre, daß die Haft spezifisch Übertretungsstrafe sei und darum, da das Mstgb. keine Übertretungen kenne, dem Arrest nicht gleichgestellt werden dürfe, wäre doch nur solange richtig, als Vergehens- und Übertretungsstrafe streng voneinander geschieden wären. Das ist aber weder im gemeinen Strafrecht noch im militärischen (Kriminal- und Disziplinar-) Strafrecht der Fall.

Zu einem befriedigenden Ergebnis wird man nach alledem nur gelangen, wenn man die militärischen Delikte mit den entsprechenden gemeinen Delikten bezüglich der Arreststrafe vergleicht. Dann wird man ein ungefähres Bild von der Bewertung der Arreststrafe erhalten. Dabei ergibt sich, daß der Arrest in sechs Fällen schlechthin gleich Gefängnis,[2]) in sieben gleich Geldstrafe[3]) und nur ein einziges Mal gleich Haft[4]) ist. Hieraus ersehen wir eins mit zwingender Deutlichkeit, daß die Gefängnisstrafe als Ersatz für den Arrest, zum mindesten für den 14 Tage übersteigenden Arrest, bereitzustellen ist. Hier zeigt sich weiter auch, daß Heckers Ansicht einen wahren Kern enthält. Denn wir sehen einerseits, daß die höchste zulässige Disziplinarfreiheitsstrafe vierzehntägiger strenger Arrest ist, andrerseits, daß das Mstgb. stellenweise gerade hier erst einsetzt. In diesen Fällen wäre die Gefängnisstrafe gewiß der Haftstrafe vorzuziehen. Im übrigen aber ist aus obigem Vergleich nicht der Schluß zu ziehen, daß der Arrest der Haftstrafe gar nicht oder nur ausnahmsweise gleichzuachten sei. Es ist nicht zu vergessen, daß das militärische Delikt gegenüber dem gemeinen grundsätzlich eine Qualifikation bedeutet, und daß die Haft ein besserer Ersatz für

---

[1]) Lehrbuch, S. 58, G.A. 30, S. 136, 138, Sammlung, S. 64.

[2]) Mstgb., §§ 83, 99, 138, 140, 144, 148.

[3]) Mstgb., §§ 91, Abs. 1–3, 121, Abs. 1, 122, 137, 138.

[4]) Mstgb., § 91, Abs. 1.

die dem Arrest häufig entsprechende, aber unanwendbare Geldstrafe ist als Gefängnis. Auch die Motive waren der Meinung, daß der Arrest nicht schlechthin der Haft gleicht, sondern daß dies vielmehr nur bei dem gelinden Arrest der Fall sei.[1] Wenn also auch das Mstgb. den gelinden Arrest niemals allein angedroht hat, so ist er doch in vielen, wenn nicht in den meisten Fällen mitangedroht. Und hier hätte die Haft einzutreten. Die Mittelstellung aber, die der mittlere Arrest im System der Arreststrafe einnimmt, könnte füglich der bürgerlichen Festungshaft zugewiesen werden.

So schlagen wir also, obwohl der Arrest in seinen Abstufungen immer nur die potenzierte Form ein und derselben, und zwar der niedrigsten, militärischen Strafart ist, keine einheitliche feste rechnerische Umwandlung, sondern je nach den Umständen des konkreten Falles Gefängnis, Festung und Haft vor.[2] Die geeignete Wahl zu treffen, steht im vernünftigen Ermessen des Richters.[3] Freilich erlangt er dadurch größere Macht als gewöhnlich. M. E. Mayer hat nicht so Unrecht, wenn er hier von Gesetzgebung an Stelle von Gesetzesauslegung redet. Er hat aber Unrecht, wenn er dem Gesetzgeber einen Vorwurf daraus macht. (Militärstrafrecht, S. 130.) Der Gesetzgeber hat diese Lücke nicht übersehen,[4] sondern geglaubt, daß sie am besten ausgefüllt werde, wenn er schweige. Und darin hat er Recht.

---

[1]) Sten. Ber., 1. Leg., 3. Session, 1872/73, Bd. 3, S. 4, 17, 369; vgl. auch Friccius, S. 54; Preuß. Mstgb., § 66.

[2]) M. E. Mayer, S. 131, schlägt Gefängnis und Festungshaft vor.

[3]) So mit Recht Herbst nach längeren Untersuchungen, S. 55 ff., 64.

[4]) Vgl. Binding, Handbuch, S. 118.

Lebenslauf.

Ich, Walther Schönfeld, bin am 19. Mai 1888 in Baumgarten, Kreis Bolkenhain, als Sohn des damaligen Pastors in Baumgarten, jetzigen Professors am Kgl. Friedrichsgymnasium in Breslau, Fritz Schönfeld und seiner Ehefrau Martha, geb. Matzke, geboren. Ich bin evangelisch und Preuße.

Nach kurzem vorübergehenden Aufenthalte in Glogau zogen meine Eltern 1890 nach Mallmitz, Kreis Sprottau. Dort erhielt ich meinen ersten Schulunterricht, zuerst privatim, später besuchte ich daneben die dortige Volksschule. Ostern 1899 trat ich in die Quarta des Kgl. Gymnasiums Johanneum (Ritterakademie) in Liegnitz ein. Diese Schule besuchte ich bis Michaelis 1903, zu welcher Zeit ich mit meinen Eltern nach Strehlen in Schlesien übersiedelte und in die Ober-Sekunda des dortigen Kgl. Kaiser-Wilhelmsgymnasiums eintrat. Dort bestand ich Ostern 1906 die Reifeprüfung.

Ich studierte darauf 7 Semester Rechtswissenschaft, und zwar 1 in Göttingen, 2 in Leipzig, die letzten 4 in Breslau. Am 11. November 1909 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 10. Dezember 1909 das rigorosum.

Nachdem ich zunächst dem Amtsgericht Ziegenhals zur Ausbildung als Referendar überwiesen war, werde ich gegenwärtig am Landgericht Breslau beschäftigt.

Richtunggebend war mein Aufenthalt in Leipzig, insbesondere wegen der Vorlesungen von Sohm und Binding. Ihnen gebührt mein größter Dank. Meine Vorliebe für rechtsgeschichtliche und strafrechtliche Studien erhielt neue Anregung durch seminaristische und praktische Übungen in Breslau, namentlich

bei den Herren Professoren Gretener, Heilborn und Herbert Meyer. Insbesondere war es das für mich außerordentlich förderliche Strafrechtspraktikum des Herrn Professor Heilborn, an dem ich mich im W.-S. 1907/08 beteiligte, welches in mir den Wunsch anregte, mich an einer größeren Arbeit zu versuchen. Dazu bot sich Gelegenheit, als die Fakultät am 27. Januar 1908 das vorliegende Thema zur Bearbeitung als Preisaufgabe stellte.

Den genannten drei Herren Professoren gebührt mein größter Dank für das stete Interesse, das sie an meinen Arbeiten überhaupt, insbesondere aber an der vorliegenden Arbeit bekundet haben.

Zuletzt, aber nicht am letzten, gebührt mein Dank auch den Praktikern, denen ich zur Ausbildung überwiesen war. In ihrer Schulung vertiefte sich meine Auffassung vom Recht und der Art seiner Bearbeitung, und das ist der vorliegenden Arbeit bei ihrer Umarbeitung zur Dissertation zustatten gekommen.